Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
für meine Zuhörer

von

D. Chriſtian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußiſchen Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

Vierten Theils erſte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1796.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Vorrede.

Der bisherige langſame Fortgang dieſes Werks hat lediglich in der Menge meiner Amtsgeſchäfte ſeinen Grund, denn die angefangene Arbeit unvollendet liegen zu laſſen, wie das Gerücht verbreitete, war nie meine Abſicht. Ich darf auch dem Publikum Hoffnung machen, daß die Fortſetzung dieſes Commentars in Zukunft ſchneller folgen werde, weil vor der Hand für die Erleichterung meiner Facultäts-Arbeiten geſorgt worden iſt. Der erſte Abſchnitt des vierten Bandes, den das Publikum hier erhält, faßt theils die Lehre von der Cumulation der Klagen aus dem Titel de edendo, theils die Theorie des römiſchen Rechts von Verträgen und Contracten in ſich, welche in dem nächſten Abſchnitt dieſes Bandes fortgeſetzt werden wird. Daß ich auch hier die Hauptſtellen der Geſetze überall erklärt, und dabey die beſten und neueſten Schriften benutzt habe, wird ein Jeder von ſelbſt finden. Nur eins und das andere, ſo meiner Aufmerkſamkeit entgangen iſt, muß ich hier nachholen. So muß zuförderſt S. 4. zu den in der Not. 11. angeführten Schriften noch *Io. Frid.* MEISSNER Diſſ. de concurſu et cumulatione actionum Goett. 1794. beygefügt werden. Sodann verdient S. 10. Not. 27. über die *L.* 130. *D. de R. I.* noch beſonders *Ger.* PAN Diſſ. ad regulam iuris, quae extat in L. CXXX. D. de R. I. *Lugd. Batavor.* 1786. 4. nachgeſehen zu werden, welcher ſehr ausführlich zeigt, daß die angeführte Regel aus dem §. 1. *I. ſi quadrupes pauper. feciſſe dicatur* zu erklären, und der Sinn derſelben kein anderer ſey, als daß diejenigen Klagen, welche durch die ältern, beſonders durch die Zwölftafelgeſetze, eingeführt worden, keineswegs durch die nachher eingeführten neuern Klagen aufgehoben worden ſind, ſondern daß es von des Klägers Wahl abhange, ob er die alte oder die neue Klage anſtellen wolle; dieſes finde zwar vorzüglich bey Pönalklagen, doch aber bey dieſen nicht allein,

lein, ſondern auch bey andern bloß perſecutoriſchen oder gemiſch-ten Klagen ſtatt. Ferner S. 40. Not. 13. iſt über die *L.* 8. *§.* 1. *D. de Edendo* noch zu bemerken KOEHLER in Interpretat. et Emendat. iur. Rom Lib. I. c. 12. §. 1. Nicht unangenehm wird es auch den Freunden der Litteratur ſeyn, ſie beyläufig zu verſichern, daß der Verfaſſer der S. 49. Not. 39. angeführten teutſchen Ueberſetzung des Pandectentitels de pactis, welche die Sammlung der römiſchen Geſetze, Frkfurt und Leipzig 1785. 8. enthält, und von jedem Kenner als Muſter einer critiſch richtigen Erklärung der Geſetze dieſes Titels angeſehen worden iſt, mein verehrungswürdiger Freund, der Hr. Geh. Tribunalsrath Höpfner in Darmſtadt ſey. Er hatte, wie er mir am 27. April 1795. ſchrieb, noch in Gieſen den Gedanken, die wichtigſten Titel der Pandecten auf dieſe Weiſe zu bearbeiten, auch mehrere wirklich ausgearbeitet. Seine Amtsveränderung aber nöthigte ihn, dieſen Plan aufzugeben. Jeder Freund der eleganten Rechtsgelehrſamkeit wird hierbey gewiß mit mir dem Wunſche von ganzem Herzen einſtimmen, daß es dieſem ſo competenten Rechtsgelehrten gefallen möchte, ſeine übrigen meiſterhaften Arbeiten dem Publicum noch mitzutheilen. Uebrigens iſt S. 76. Not. 8. den daſelbſt angeführten Schriftſtellern noch vorzüglich beyzufügen *Alex. Arn.* PAGENSTECHER Benedictorum lib. unus. *Bremae* 1700. Collat. IV. p. 33. ſqq. Dahingegen iſt S. 155. Not. 2. bey *Marc.* LYKLAMA ſtatt Eccl. 18. vielmehr *Eccl.* 16. und S. 243. Z. 19. ſtatt erklärte vielmehr milderte zu leſen. Andere minder bedeutende Druckfehler zu verſchweigen. Erlangen den 8. April 1796.

C. F. Glück.

Fort-

Fortſetzung
des 13. Titels im zweyten Buch
de Edendo.

§. 284. a.
Von der Cumulation und den mancherley Arten der Concurrenz der Klagen.

Zuweilen können mehrere Klagen zugleich in einer Klageſchrift vorgetragen werden. Hieraus entſtehet eine **Cumulation der Klagen**, welche alſo überhaupt nichts anders iſt, als die Verbindung mehrerer Klagen in dem nämlichen Klageſchreiben. Ob ſolche bey den Römern zuläßig geweſen, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Die meiſten [1]) wollen behaupten, daß das römiſche Formularweſen eine Vereinigung mehrerer Klagen nicht geſtattet habe, und dieſer Meinung iſt auch unſer Autor. Allein zu geſchweigen, daß die Klagformeln in neuern Zeiten aufgehoben worden [2]); ſo überzeugen uns verſchiedene

1) CHARONDAS Lib. III. Veriſimil. cap. 7. GIPHANIUS Antinomiar. iur. civ. Lib. IV. Diſp. 41. n. 27 ſq. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14. *Io. Frid.* BOECKELMANN in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 6. WISSENBACH in Exercitat. ad L. libros Pandectar. Diſputat. VIII. Theſ. 19. *I. H.* BOEHMER in doctrina de actionib. Sect. III. §. 1. Schmidt im pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 104. und Ernſt Gottfr. Schmidts theoretiſch-practiſcher Commentar über ſeines Vaters angeführtes Lehrbuch 1. Band S. 159.

2) S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 270. S. 534.

ſchiedene Stellen ſowohl in den römiſchen Claſſikern als auch in unſern Geſetzen, daß die Klagformeln der Cumulation der Klagen nicht ſchlechthin entgegen geſtanden [3]), ſondern letztere nur inſofern unſtatthaft geweſen, als man der nämlichen Sache wegen zwey verſchiedene Klagen von einerley Endzweck mit einander verbinden wollte [4]), wie ſchon **Anton Schulting** [5]) bemerkt hat. Die Anhäufung mehrerer Klagen von verſchiedenem Endzweck, wenn ſie nur vor einem und eben demſelben Richter angeſtellt werden konnten, wird daher ſelbſt im römiſchen Recht erlaubt [6]), ja zuweilen ſtand es dem Kläger frey, ſogar mehrere Klagen einerley Endzwecks in einem Libell alternativiſch zu vereinigen, wenn es nämlich zweifelhaft war, welche Klage in einem gewiſſen Falle wider den Beklagten eigentlich Statt finden,

3) QUINCTILIANUS Inſtit. Orator. Lib. III. cap. 10. *L. 11. pr. D. de Iurisdict. L. ult. Cod. de annal. except. Ital. contract. toll.*

4) *L. 76. §. 8. D. de Legat. II. L. 43. §. 1. D. de Reg. iur.* Eben dieſes iſt auch der Sinn der *L. 6. D. de Except. rei iudic.* wo es heißt: Singulis controverſiis ſingulas actiones, unumque iudicati finem ſufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus ſummam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime ſi diverſa pronunciarentur, wie SCHULTING ad Iulii Pauli Sentent. Receptar. lib. V. Tit. XXXIII. §. 5. not. 22. *Iurisprud. Antejuſt.* pag. 532. zeigt. Man ſehe auch HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 10.

5) Enarrat. part. I. Digeſtor. h. t. §. 7.

6) *L. 25. §. 3. et 4. D. fam. erciſc. L. 52. §. 14. D. pro Socio. L. 10. D. de Act. emti vend.* S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. de iure civili Lib. XXI. Cap. 3. n. 30. ſq. und **Claproths** Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 113. c. S. 53.

finden 7), oder welche für den Kläger die vortheilhafteſte ſeyn möchte, und es gehörte in einem ſolchen Falle zum Amte des Richters, alsdann dasjenige zuzuerkennen, was die vortheilhafteſte Klage mit ſich brachte 8). Jedoch iſt nicht zu bezweifeln, daß die heutige Praxis von der Cumulation der Klagen vorzüglich durch Einführung des canoniſchen Rechts ihre Erweiterung und Beſtätigung erhalten habe 9). Eine Cumulation der Klagen läßt ſich nun ohne

 dem

7) *L. 1. §. 4. D. Quod legator.* Quoties incertum eſt, quae potius actio teneat, duas dictamus, proteſtati, ex altera nos velle conſequi, quod nos contingit. Hierauf ſpielt auch SENECA de Clementia lib. II. cap. 3. an, wenn er ſagt: *Plura proponere eſt tutius, ne una definitio parum rem comprehendat, et, ut ita dicam, formula excidat.*

8) *§. 4. l. Quod cum eo, qui in alter. poteſt. L. 41. §. 1. D. de Obligat. et Action.* In der letztern Stelle heißt es: Si ex eodem facto duae competant actiones, poſtea iudicis potius partes eſſe, ut quo plus ſit in reliqua actione, id actor ferat: ſi tantundem aut minus, *nil conſequatur*, ſo muß unſtreitig mit Cujaz Obſervat. lib. III. cap. 25. und lib. XV. cap. 23. geleſen werden. Eben dieſer Meinung iſt auch *Franc.* HOTOMANNUS Quaeſtion. illuſtr. libro Qu. 28. pag. 213. Zwar wollen *Io.* ROBERTUS Receptar. lection. Lib. II. cap. 25. *Iac.* RAEVARDUS in Comm. ad. L. 130. D. de Reg. Iur. *Em* MERILLIUS lib. III. Variant. ex Cujacio cap. 10. und PAGENSTECHER Admonitor. in Pandect. Tit. de Obligat. et Action. §. 289. dieſe Emendation nicht billigen, und ihnen ſtimmt auch IAUCHIUS in Meditat. crit. de negationibus Pandect. Florentin. Cap. 13. pag. 183. bey; allein ich zweifle, ob ihre erzwungene Erklärung bey einem prüfenden Leſer Beyfall finden wird.

9) *Cap. 2. et 6. X. de Cauſ. poſſeſſ. et propriet. Cap. 36. in fin. X. de Teſtib.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 104. und die daſelbſt von der Cumulation der Klagen angeführte Schrif-

dem Vorhandenſeyn mehrerer Rechtsmittel nicht gedenken, wenn gleich deswegen nicht bey jeder Concurrenz mehrerer Klagen immer eine Verbindung derſelben in einerley Klageſchrift geſchehen kann, denn ob und wie die vorhandenen mehreren Rechtsmittel, ohne daß das eine dem andern hinderlich iſt, zugleich in einen gerichtlichen Vortrag zu bringen ſind, iſt blos aus ihrer Eigenſchaft und der dabey obſchwebenden Abſicht zu beurtheilen, wie in der Folge gezeigt werden ſoll [10]). Zuförderſt muß ich von der mancherley Art, wie mehrere Klagen zuſammen kommen können, das Nöthige vorausſchicken [11]). Eine Mehrheit von Klagen findet

Schriften, denen nur noch beyzufügen *Io. Iac. Ioſ.* KIRSCHBAUM Diſſ. de concurſu et cumulatione actionum tam de iure Rom. quam de praxi ſupremorum Imperii Archidicaſteriorum. *Heidelbergae* 1772.

10) Schmidts Commentar 1. Band S. 159.

11) Schon der römiſche Juriſt PAULUS hatte über dieſe Lehre de concurrentibus actionibus ein beſonderes Buch geſchrieben, wie aus der Ueberſchrift der *L.* 34. *D. de Obligat. et action.* und *L.* 88. *D. de furt.* erhellet. In neuern Zeiten iſt dieſelbe in folgenden Schriften abgehandelt worden. *Iac.* CUJACIUS Obſervat. lib. VIII. Cap. 24. *Franc.* HOTOMANNUS in Quaeſtion. illuſtr. libro Quaeſt. 28. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 43. et 130. D. de Reg. iur. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXI. cap. 3. *Vincent.* CABOTIUS in var. iuris publ. et privati Diſputationib. Lib. I. cap. ult. (*Theſ. Meermann.* Tom. IV. pag. 615.) *Io.* SUAREZ DE MENDOZA in Comment. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. 1. 2. et 3. (*Th. Meermann.* Tom. II.) *Andr. Raimund.* PAUCY Tract. de concurrentibus actionibus. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. Cap. 14. et 15. Vorzüglich *Ioſeph.* FINESTRES *et de* MONSALVO Diſſertat. de concurrentibus actionibus ad L. 32.

findet nämlich entweder blos in Abſicht auf die ſtreitenden Theile ſtatt, denen oder wider welche dieſelben zuſtehen, oder ſie beziehet ſich auf den ſtreitigen Gegenſtand ſelbſt, und deſſelben Rechtsgrund. Im erſten Falle iſt eine ſubjective, im andern aber eine objective Concurrenz mehrerer Klagen vorhanden. Die erſtere findet ſtatt,

1) wenn einem Kläger, der nämlichen Forderung wegen, mehrere Klagen wider verſchiedene Beklagte zuſtehen. So z. E. wer mit einem filio familias in Anſehung des Sonderguts contrahirt hat, kann ſeiner Forderung wegen gegen den Vater actione de peculio, ſo weit ſolches zureicht, und gegen den Sohn ex contractu auf das Ganze klagen [12]). Denn beyde ſind ſeine Schuldner geworden. Eben ſo hat derjenige, welcher mit einem Schiffs-Factor über ein demſelben anvertrautes Geſchäft einen Contract geſchloſſen, die Wahl, ob er den Schiffs-Patron mit der actione exercitoria, oder den Factor ex contractu belangen wolle [13]).

2) Können mehreren Klägern verſchiedene Klagen, welche aus einerley Grunde oder obligatoriſchen facto herrühren,

L. 32. D. de Obligat. et Action. in *Hermogeniano* Tom. I. pag. 601. ſqq. und *Hermann. a* VIANEN Diſputat. de concurſu actionum. *Trajecti* ad Rhenum 1736. auctior recuſa in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. IV. pag. 259. ſqq. Siehe auch *Achat. Lud. Car.* SCHMIDII Commentat. de concurſu actionum. *Ienae* 1753. 4.

12) *L. 44. D. de peculio. L. 57. D. de Iudiciis. Petr.* FABRI Semeſtrium Lib. I. Cap. 12.

13) *L. 1. §. 17. D. de Exercitor. act.* S. HELLFELD §. 881. dieſes Lehrbuchs. Mehrere Beyſpiele enthalten *L. 76. §. 1. D. de Furt.* und *L. 6. §. ult. D. Naut. caup. et ſtabular.*

rühren, wider eben denſelben Beklagten zuſtehen. Z. B. ſo entſtehen zuweilen, wie Neratius ſagt, aus einer und eben derſelben Injurie drey ganz verſchiedene Injurienklagen, deren keine die andere aufhebt. Denn man ſetze, ſagt er, daß Jemand meine Frau, die noch eine filia familias iſt, beſchimpfet habe, ſo ſtehet nicht nur mir, ſondern auch ihrem Vater und ihr ſelbſt eine Injurienklage gegen eben denſelben Injurianten zu [14]). Ja zuweilen kann, wie Juſtinian noch hinzufügt [15]), dieſe nämliche Injurienklage vier verſchiedenen Perſonen zuſtehen, wenn nämlich der Ehemann ſelbſt noch unter väterlicher Gewalt ſtehet; denn in dieſem Falle kann auch der Schwiegervater iniuriarum klagen. Endlich

3) können mehrere Klagen verſchiedenen Klägern wider verſchiedene Beklagte zuſtehen. Z. B. wenn mehrere Pupillen die noch in ungetheilter Gemeinſchaft des väterlichen Vermögens ſind, zwey Vormünder haben, denen die Tutel zur gemeinſchaftlichen Führung übertragen worden iſt, ſo ſtehet jedem derſelben die actio tutelae gegen dieſe Vormünder zu [16]).

Ich komme nun auf die objective Concurrenz der Klagen, welche einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zuſtehen. Dieſe iſt wieder von verſchiedener Art. Die mehreren Klagen ſind nämlich entweder auf ganz verſchiedene Gegenſtände und Zwecke gerichtet, ſo daß keine

14) *L.* 1. §. *ult.* *L.* 18. §. 2. *D. de Injur.* Add. *L.* 41. *D. eod.* et *L.* 2. *Cod. eodem.*

15) §. 2. *I. de Injur.*

16) *L.* 9. *pr. D. de Transact.* *L.* 5. *Cod. Arbitr. tutel.* HELLFELD T. II. §. 1370. ſeines Lehrbuchs.

keine die andere ausſchließt, ſondern eine jede derſelben mit der ihr eigenen Wirkung angeſtellet werden kann, oder ſie ſind von der Art nicht. Im erſten Falle iſt eine kumulative Zuſammenkunft der Klagen vorhanden, und dieſe tritt in folgenden Fällen ein;

1) wenn mehrere Klagen aus einerley Quelle herrühren, oder wenn ſie auch an ſich einen verſchiedenen Grund haben ſollten, doch wenigſtens durch ein gewiſſes Hauptfactum veranlaßt worden ſind, und dabey auf ganz verſchiedene Zwecke gehen [17]). So z. B. kann wegen

 eines

17) *L.* 32. *D. de Obligat. et Action.* Cum ex uno delicto plures naſcuntur actiones, ſicut evenit, cum arbores furtim caeſae dicuntur, omnibus experiri permitti, poſt magnas varietates obtinuit. Aus dieſer Stelle erhellet zugleich, daß die Frage, in wiefern die aus einem Delict entſpringende mehrere Klagen neben einander Statt finden? unter den alten römiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig geweſen ſey. Die verſchiedenen Meinungen derſelben führt Paulus in der *L.* 34. *pr. D. eodem* an, wo er den Fall entſcheidet, wenn ein fremder Sklave von Jemand auf eine ſchimpfliche Art gemißhandelt worden. Aus dieſem einzigen Factum entſpringt eine zwiefache Klage, die Aquilianiſche und die Injurienklage. Verſchiedene Rechtsgelehrten behaupteten nun, daß beyde Klagen nur electiviſch concurrirten. Habe alſo der beleidigte Herr des Sklavens eine von beyden gewählt, ſo ſey die andere erloſchen. Allein dieſe Meinung verwirft Paulus, und hält vielmehr dafür, daß beyde Klagen Statt finden. Eben dieſer Meinung war auch Ulpian, wie aus *L.* 15. *§.* 46. *D. de Injur.* erhellet, wo er dem Herrn des gemißhandelten Sklavens beyde Klagen die Aquilianiſche nebſt der Injurienklage mit voller Wirkung giebt, und zwar aus dem ganz richtigen Grunde, quia altera actio ad damnum pertineret

eines begangenen Diebſtahls nach römiſchen Rechte zugleich condictione furtiva und actione furti geklagt werden, ohne daß die eine Klage die andere aufhebt. Denn die actio furti gehet bloß auf die Privatſtrafe, die condictio furtiva aber wird auf die Erſtattung der geſtohlnen Sache ſelbſt gerichtet [18]). Eben ſo concurrirt die actio furti mit allen Klagen aus Contracten cumulativiſch, wenn mit der Sache

tineret iniuria datum, altera ad contumeliam, adeoque duae ſint aeſtimationes. Man ſehe auch *L.* 5. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* Nur darin dachte Paulus billiger, daß er glaubte, der Kläger müſſe ſich auf die andere Klage das anrechnen laſſen, was er durch die erſtere bereits erhalten; dieß dünkt mir der eigentliche Sinn der Worte der angeführten L. 34. zu ſeyn: Rationabilius eſt, eam admitti ſententiam, ut liceat ei, quam voluerit actionem, prius exercere, quod autem amplius in altera eſt, etiam hoc exequi. Denn *quod amplius in altera eſt*, heißt nichts anders als id, quod reſtat, ſubducto eo, quod actione priori inſtituta iam conſecutus eſt actor, wie a VIANEN in Diſſ. cit. de concurſu actionum Cap. III. §. 5. dieſe Worte ebenfalls verſtehet. Unter den mancherlei Meinungen der Rechtsgelehrten über die Concurrenz der aus einem Delict entſtehenden Klagen hat endlich diejenige, wie Hermogenian ſagt cit. L. 32. nach vielem Diſpüt das Uebergewicht erhalten, nach welcher dieſe Klagen alle mit Wirkung angeſtellt werden können, ohne daß eine die andere ausſchließt. Dieſe Meinung wurde ſowohl durch den Gerichtsgebrauch als durch Geſetze beſtätigt. *L.* 20. *Cod. de Furt.* *§.* 1. *I. Si quadrup. paup. fec. dic.* S. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 14. und *Fr.* RAGUELLUS in Commentar. ad Conſtitut. et Deciſion. Iuſtiniani. Libr. VI. pag. 392. ſqq.

18) *§.* 19. *I. de obligat. quae ex delict.* *L.* 7. *§.* 1. *D. de condict. furt.* *L.* 54. §. 3. *D. de furt.*

Sache ein contractswidriger Gebrauch gemacht worden iſt, z. B. mit der actione commodati [19]), mandati [20]), pro ſocio [21]), actione locati [22]), depoſiti [23]) u. d. Denn wenn gleich die actio furti und actio ex contractu eine verſchiedene cauſam ſpecialem haben, ſo ſind ſie doch wenigſtens durch ein Haupt-Factum, nämlich durch das furtum, veranlaſſet worden. Ja zuweilen kann ein und eben daſſelbe unerlaubte Factum wegen der dabey concurrirenden beſondern Umſtände mehrere Verbrechen unter ſich begreifen, und daher mehrere verſchiedene Klagen erzeugen. So z. B. entſtand aus der Verführung eines fremden Sklavens zur Dieberey ſowohl die actio ſervi corrupti als die actio furti, weil hier zwey beſondere Verbrechen concurrirten, nämlich furtum und ſervi corruptela, welche das einzige factum ſollicitationis unter ſich begriff. Der Herr des Sklavens konnte daher beyde Klagen mit vollkommener Wirkun, anſtellen, quia altera alteram non minuit, wie Ulpian ſagt [24]). Eben ſo concurriren auch die aus einem Verbrechen entſtehende Civil- und Crimi-

 nal-

19) *L.* 5. §. 8. *D. Commod.* *L.* 54. §. 1. *D. de furt. Rad.* FORNERIUS Lib. I. Rerum Quotid. cap. 23. (in *Theſ. Otton.* Tom. II.)

20) *L.* 22. §. 7. *D. Mandati.* *L.* 7. *Cod. de Furt.*

21) *L.* 45. *D. pro Socio.* PAULUS lib. II. Sentent. Recept. Tit. XXXI. §. 26.

22) *L.* 46. *D. pro Socio.* *L.* 42. *D. Locati.*

23) *L.* 29. *pr. D. depoſiti.* Vid. *Corn. van* BYNCKERSHOEK lib. VIII. Obſervat. iur. Rom. Cap. 5. pag. 301. edit. *Heinecc.*

24) *L.* 11. §. 2. *D. de Serv. corrupt.* Mehrere Beyſpiele enthalten *L.* 14. §. 1. *D. de praeſcript. verb.* *L.* 6. *pr. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

nalklage cumulative. Denn erſtere iſt bloß auf Privat-Satisfaction, letztere aber auf öffentliche Strafe gerichtet [25]). Alſo hebt eine die andere nicht auf [26]).

2) Wenn mehrere unerlaubte Handlungen an einerley Gegenſtand verübt worden ſind, ſo entſtehet daraus eine Mehrheit von Klagen, deren keine die andere ausſchließet [27]).

Nun-

25) Z. B. das iudicium finium regundorum und die actio criminalis termini moti. *L. 4. §. 4. D. Fin. Regund.* Ferner das Interdictum de tabulis exhibendis und die actio criminalis ex Lege Cornelia teſtamentaria wegen eines unterſchlagenen Teſtaments. *L. 3. §. 6. D. de Tab. exhib. L. un. Cod. Quando civ. act. crim. praejud.*

26) Von dieſem Concurſu actionum civilium cum criminalibus handelt vorzüglich FINESTRES in Diſſ. cit. Sect. II. in *Hermogeniano* pag. 687 ſqq.

27) *L. 130. D. de Reg. iur. L. 60. D. de Obligat. et action.* Wo die Regel gegeben wird: Nunquam actiones praeſertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam conſumit. Ueber dieſe Regel vergleiche man CUJACIUS in Praelect. ad Tit. D. de Reg. iur. ad L. 130. et lib. VIII. Obſervat. c. 24. *Petr.* FABER in Comment. ad eand. Leg. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad eand. L. 130. *Vincent.* CABOTIUS Diſputationum Lib. I. cap. 30. in *Theſ. Meerm.* Tom. IV. p. 616. ſq. und a VIANEN cit. Diſſ. Cap. III. §. 6. Nun ſcheint zwar jener Regel der Ausſpruch des Modeſtinus in der *L. 53. pr. D. de Obl. et act.* entgegen zu ſeyn, wo er ſagt: Plura delicta in una res plures admittunt actiones: Sed non poſſe omnibus uti, probatum eſt. Allein Modeſtin will nur ſo viel ſagen, man könne die mehreren Klagen nicht immer mit der Wirkung anſtellen, daß man mittelſt einer jeder derſelben das Ganze erhalte, ſondern wenn die mehreren Klagen z. B. gemiſchte Pönalklagen ſind, welche theils auf den Werth der Sache, theils auf Strafe gehen, ſo müſſe man ſich den Werth

der

Nunquam enim, ſagt Ulpian[28]), plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. Qui igitur hominem ſubripuit, et occidit: quia ſubripuit, furti; quia occidit, Aquilia tenetur. Neque altera harum actionum alteram conſumit. Endlich

3) Wenn mehrere auf verſchiedene Gegenſtände gerichtete Klagen, aus verſchiedenen erlaubten Geſchäften entſpringen. Z. B. wenn der nämliche Beklagte dem nämlichen Kläger ein Darlehn, ein Kaufgeld und einen Pachtzinß ſchuldig iſt, ſo entſtehen dieſe Forderungen aus ganz verſchiedenen Geſchäften. Die auf ſolche Art zuſammen kommende Klagen wirken eine kumulative Concurrenz im uneigentlichen Verſtande[29]). Ich gehe nun zu dem

der Sache, den man mittelſt der einen Klage bereits erhalten, abziehen laſſen, wenn man die andere Klage anſtellt, denn ſonſt würde man einerley Sache zweymal fordern, welches gegen die Billigkeit ſtreitet. So erklärt dieſe Stelle beſonders DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 3. in fin. und dieſe Erklärung ſcheint mir richtiger zu ſeyn, als wenn man dieſelbe mit FINESTRES cit. Diſſ. P. I. §. 25. in *Hermogeniano* pag. 612. von einer unzuläßigen Cumulation erklären will. Ueberdem ſtimmen die Ausleger der L. 53. darin überein, daß ſie blos von einem ſolchen Falle rede, wo die mehreren Verbrechen ex eodem facto entſpringen. Daß dieſes der Sinn der Worte *in una re* ſey, zeigen DONELLUS c. l. pag. 1192. n. 60. CUJACIUS Obſervat. lib. VIII. cap. 24. CABOTIUS cit. loc. pag. 616. u. a VIANEN cit. Diſſ. Cap. II. §. 10.

28) *L. 2. D. de privat. delict.*

29) Von dieſem concurſu actionum cumulativo handelt vorzüglich a VIANEN in Diſſ. cit. Cap. III. und SCHMID in alleg. Commentat. Sect. IV.

dem andern Fall über, da nämlich die mehreren einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zuſtehende Klagen auf einen und denſelben Gegenſtand oder Hauptzweck gerichtet ſind. Es ſind hier wieder zwey Fälle zu unterſcheiden. Die concurrirenden Klagen ſind nämlich entweder ſo geeigenſchaftet, daß eine die andere ausſchließet, und daher der Kläger nur durch eine derſelben ſeine Befriedigung erhalten kann, oder ſie ſind ſo beſchaffen, daß wenn auch die eine bereits angeſtellet worden, dennoch die andere ebenfalls ſtatt findet. Im erſtern Falle iſt eine electiv e, im andern aber eine ſucceſſive Concurrenz der Klagen vorhanden. So z. B. concurriren die actio commodati und die condictio furtiva electiviſch, wenn der Commodatar die ihm geliehene Sache veruntrauet haben ſollte [30]). Eben ſo die condictio furtiva und rei vindicatio [31]), die actio ex contractu und legis Aquiliae [32]), ferner wegen Zurückfoderung des Heyrathsgutes die rei vindicatio, actio ex ſtipulatu und actio hypothecaria [33]); bey Vermächtniſſen

30) *L. 34. §. 1. D. de Obligat. et Action.* *L. 16. D. de condict. furt.* *L. 71. pr. D. de furt.* In der letztern Stelle iſt unter der *actione furti* die condictio furtiva zu verſtehen, wie CUJACIUS Lib. XVII. Obſ. 12. *Io. van de* WATER Obſervat. iur. Rom. lib. III. cap. 4. p. 267. *Iac.* LABITTUS Uſu. Iudicis Pandectar. Cap. 4. §. 1. und a VIANEN cit. Diſſ. Cap. III. §. 2. in fin. bereits bemerkt haben.

31) *§. ult. I. de Obligat. quae ex delict.* *L. 7. §. 1. D. de condict. furtiv.*

32) *L. 7. §. 8. L. 18. L. 27. §. 11. L. 42. D. ad L. Aquil.* *L. 7. §. 1. L. 18. §. 1. D. Commodati.*

33) *L. 30. C. de Rei Vindicat. §. 29. I. de Action.* und *L. 1. Cod. de Rei Ux. act.*

ſen beſtimmter Sachen die rei vindicatio, actio perſonalis ex teſtamento und die actio hypothecaria [34]) u. ſ. w. Es erhellet zugleich aus dieſen Beyſpielen, daß es bey einer electiven Concurrenz der Klagen nichts darauf ankomme, ob die Klagen aus einerley oder aus verſchiedenen Gründen herrühren, wenn ſelbige nur einerley Gegenſtand betreffen und übrigens einerley Endzwecks ſind. Denn ſo entſtehet z. B. die dem Legatar zuſtändige Rei Vindicatio aus dem legalen Eigenthum, welches gleich nach dem Tode des Erblaſſers auf den Vermächtnißnehmer übergehet [35]); die actio perſonalis ex teſtamento aus dem Quaſi-Contract der Erbſchaftsantretung [36]), und die actio hypothecaria aus dem ſtillſchweigenden Pfandrecht, welches Juſtinian dem Legatar auf diejenigen Güter des Erblaſſers gegeben hat, die dem damit beſchwerten Erben zufallen [37]). Es können daher auch die electiviſch concurrirenden Klagen bey ihrem übereinſtimmenden Endzweck von ganz verſchiedener Wirkſamkeit ſeyn. So z. B. hat gegen den Schuldner, welcher dem Gläubiger des Anlehens wegen eine Hypothec gegeben, die actio mutui und die hypothekariſche Klage ſtatt. Beyde haben den übereinſtimmenden Endzweck, daß der Gläubiger dadurch zu ſeiner Befriedigung zu gelangen ſucht. Allein ſie ſind von verſchiedener Wirkung. Denn bey der actione mutui hat der Gläubiger nur ein perſönliches Recht gegen den Schuldner, daß er die Schuld bezahle,

34) L. 1. *Cod. Commun. de Legat.* Vergleiche auch L. 76. §. 8. *D. de Legat. II.*

35) L. 80. *D. de Legat. II.*

36) §. 5. *I. de Obligat. quae quaſi et contr.*

37) L. 1. *Cod. Commun. Legat.*

zahle, allein bey der hypothekariſchen Klage ein dingliches Recht, vermöge deſſen ihm das Pfand zu ſeiner Befriedigung eingeräumt werden muß [38]). Soviel endlich die ſucceſſive Concurrenz der Klagen anbetrift, ſo können die auf ſolche Art concurrirenden Klagen, wenn wir auf den Grund ſehen, aus welchem ſie dem Kläger zuſtehen, von ſehr verſchiedener Art ſeyn. Dieſer Grund kann nämlich I) darin beſtehen, daß die Natur des einen Rechtsmittels, wenn es einmahl angeſtellet worden, durchaus keine Wiederholung zuläßt. So ſind die Erbtheilungsklage (iudicium familiae erciſcundae) und die gemeine Theilungsklage, (iudicium communi dividundo) bey einerley Erbſchaft actiones ſucceſſive concurrentes. Denn eine Erbſonderung kann nur einmahl geſchehen, alſo findet keine Wiederholung bey der Erbſonderungsklage ſtatt. Kommt in der Folge noch etwas zu theilen nach, ſo kann deshalb nur die gemeine Theilungsklage angeſtellet werden [39]). Eine andere Urſache, warum dem Kläger mehrere Klagen ſucceſſive zuſtehen, kann II) darin beruhen, daß eine gewiſſe Hauptklage zuweilen ohne eine andere präparatoriſche oder zuförderſt zu verhandelnde Klage nicht angeſtellet werden kann. Z. B. es hat mir jemand eins von ſeinen Pferden vermacht, und zwar das beſte, was ich mir ſelbſt wählen würde. Der Erbe will mir nun nicht alle in

38) Mehrere Beyſpiele von dem concurſu actionum electivo haben a VIANEN cit. Diſſ. Cap. II. und SCHMIDT in Comment. alleg. Sect. II. Meditat. 1. et 2. Man vergleiche auch *Franc.* ALEF Diſſ. de electivo, quem vocant, actionum concurſu. *Heidelbergae* 1757.

39) L. 20. §. 4. L. 44. *pr. D. fam. erciſc.* L. 4. *§.* 2. *D. Communi divid.*

in der Erbſchaft befindliche Pferde vorzeigen, um mir das beſte ausſuchen zu können. Hier muß ich erſt actione ad exhibendum die Vorzeigung verlangen, um wider den Beklagten Erben actione perſonali ex teſtamento auf die Auslieferung des mir auserleſenen Pferdes klagen zu können [40]). Die erſtere Klage bahnt hier der letztern den Weg. Eben ſo concurriren die actio ad exhibendum und rei vindicatio, die Reſtitutionsklage, und die hereditatis petitio, ferner das iudicium familiae erciſcundae [41]) und die hereditatis petitio, das iudicium communi dividundo [42]) und die rei vindicatio ſucceſſiviſch, wenn nämlich demjenigen, welcher auf Theilung einer gemeinſchaftlichen Erbſchaft oder andern Sache klagt, und nicht in Beſitz derſelben iſt, die Einrede, daß ihm kein Miterbſchaftsrecht oder Miteigenthumsrecht zuſtehe, entgegen geſetzt wird [43]).

§. 284. b.

Regeln von der Klagenhäufung. I. Wenn ſie ſubjectiviſch concurriren.

Dieſes vorausgeſetzt, ſo kommt es nun auf die Frage an, wie weit mehrere Klagen mit einander in einem Libell cumuliret werden können? Hier ſind folgende Grundſätze zu bemerken.

I) Wenn

40) L. 3. §. 6. D. *ad exhib.* Schmidt im theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Th. §. 1347. Not. e. S. 229.

41) L. 1. §. 1. D. *fam. erciſc.* VOET in Commentar. ad Digeſta lib. X. Tit. 2. §. 9.

42) L. 18. D. *de Exception.*

43) Von dieſem concurſu actionum ſucceſſivo handelt ausführlich SCHMIDT cit. Comm. Sect. III.

I) Wenn Klagen ſubjectiviſch concurriren, ſo findet nur in ſofern eine Cumulation ſtatt, als entweder dieſe Klagen aus einerley Grunde herrühren[44]) und die verſchiedenen Perſonen, welchen ſie zuſtehen, oder wider welche ſie angeſtellet werden können, in einer Gemeinſchaft in Anſehung des Rechtsſtreits ſtehen[45]); oder dieſelben in einem ſolchen Verhältniß ſich befinden, daß einer für des andern Schuld haften muß[46]), oder, wenn auch weder ein ſolches Verhältniß, noch eine Gemeinſchaft in Anſehung des Rechtsſtreits vorhanden ſeyn ſollte, wenigſtens die Sachen ſo geringfügig ſind, daß dabey keine Verwirrung zu beſorgen iſt[47]). In Gemäßheit dieſes Grundſatzes können alſo

a) die=

44) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 14. fin. CARPZOV in iurlspr. for. P. I. Conſt. II. Definit. 6.

45) *God. Lud.* MENCKEN Introduct. in doctr. de actionibus, in Commentat. gen. §. 88. ſagt: LITIS CONSORTES *vocantur ii, qui ſimul de eadem re ex eadem cauſa coram eodem iudice vel agunt vel conveniuntur.*

46) Es muß nur nicht etwa der eine blos in ſubſidium für des andern Schuld haften, ſo daß erſt ein anderer Hauptſchuldner ausgeklagt werden müßte. So kann daher der Hauptſchuldner und Bürge, deßgleichen der Vormund und die Obrigkeit, welche ihn beſtellet hat, nicht zugleich in einem Libell belangt werden. RIVINUS in Enunciat. iuris Tit. V. En. 5. et 8. Ein anders wäre, wenn der Bürge dem beneficio excuſſionis entſaget hätte. S. Schmidts Commentar über ſ. V. Lehrb. von Klagen III. Band §. 841. S. 391.

47) Hofmanns teutſche Reichspraxis I. Th. §. 240.

a) diejenigen, welche durch die nämliche Injurie theils unmittelbar theils mittelbar beſchimpfet worden ſind, die ihnen zuſtehende Injurienklage gemeinſchaftlich anſtellen [48]). Eben ſo können

b) mehrere Miterben, mehrere Geſellſchaftsmitglieder, u. d. zugleich klagen, oder zugleich belangt werden [49]).

c) Können Eheleute, wenn ſie miteinander in einer Gemeinſchaft der Güter ſtehen, in einem Libell zugleich verklagt werden, weil einer für des andern Schuld haften muß, ſo gut, als wenn er ſolche ſelbſt contrahirt hätte [50]).

d) Wenn hingegen mehrere Gläubiger, um die Koſten zu erſparen, ihren gemeinſchaftlichen Schuldner wegen ihrer ganz verſchiedenen Forderungen in einem einzigen Klagſchreiben zugleich belangen wollten; oder es einem Gläubiger einfiele, ſeine verſchiedenen Schuldner in einem einzigen Libell zugleich zu verklagen, ſo iſt dieſe Cumulation für inept zu halten [51]); es wäre denn, daß die exceptio ineptae cumulationis nicht opponiret würde, oder die zuſammengehäuften Klagen nur geringe Forderungen beträfen, ſo daß keine Verwirrung dabey zu beſorgen iſt [52]).

§. 284.

48) *L.* 18. §. 2. *L.* 41. *D. de Iniur.* RIVINUS Enunciat. iur. Tit. V. En. 2. 3. et 4.

49) HOMMEL ad Menckenii doctrin. de action. not. 99. BOEHMER doctr. de actionib. Sect. III. §. 12.

50) Schmidt im angef. Commentar 1. Band §. 106. Not. l. S. 161.

51) CARPZOV P. I. Conſt. 2. Defin. 6. Schmidt a. a. O. §. 106.

52) RIVINUS in Enunciat. iur. Tit. V. En. 1. et 6.

§. 284. c.

II. Von Häufung mehrerer Klagen, welche objectiviſch concurriren. A) Verbindung mehrerer Klagen, welche *cumulative* concurriren.

II) Bey einer objectiven Zuſammenkunft der Klagen kommt es aber darauf an, ob ſie cumulative, oder elective oder ſucceſſive concurriren.

1) Wenn Klagen cumulative concurriren, ſo können ſolche in einem Libell dergeſtalt mit einander verbunden werden, daß ſie nicht nur zu gleicher Zeit unterſucht, ſondern auch durch das nämliche Urtheil entſchieden werden müſſen [53]). Es wird jedoch hierbey vorausgeſetzt,

a) daß die gehäuften Klagen neben einander beſtehen können, mithin ſo beſchaffen ſind, daß die Natur der einen Klage der andern nicht entgegen ſey [54]), auch nicht etwa durch die verſchiedenen Klagen das nämliche zweymal gefordert werde. So kann daher nach dem canoniſchen Rechte eine petitoriſche Klage zwar mit einem interdicto adipiſcendae oder recuperandae poſſeſſionis cumuliret werden [55]); allein wenn auf Erhaltung bey dem Beſitz (interdicto

53) Danz Grundſätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 86.

54) S. Schmidts öffentliche Rechtsſprüche Abſchn. IV. Nr. LXXXXIII. S. 620.

55) *Cap. 2. 3. 4. 5. 6. X. de Cauſ. poſſeſſ. et propriet.* Nach dem römiſchen Recht findet keine Cumulation in Anſehung des Rechts- und Beſitzſtandes ſtatt, ſondern es ſoll, falls über die Proprietät und Beſitz zugleich ein Streit entſtehet, der Beſitzſtand zuerſt erörtert und berichtiget werden. *L. 3. Cod. de*

dicto retinendae poſſeſſionis) geklagt wird, ſo kann damit eigentlich keine petitoriſche Klage verbunden werden, weil die Petitorienklage insgemein einem Nichtbeſitzer [56]), das Interdictum retinendae poſſeſſionis aber einem Beſitzer zuſtehet, und daher zwiſchen beyden Rechtsmitteln ein offenbarer Widerſpruch vorhanden iſt [57]). Nur allein die Confeſſorienklage macht hier eine Ausnahme, weil ſelbige auch demjenigen zuſtehen kann, der ſich in der Quaſi-Poſſeſſion der behaupteten Servitut befindet [58]), folglich mit dem interdicto retinendae poſſeſſionis gehäuft werden kann [59]). So iſt es ferner widerſprechend, auf eine Wegegerechtigkeit zu klagen, und zugleich das Grundſtück, worüber der Weg gehen ſoll, als ſein Eigenthum in Anſpruch zu nehmen. Nam res propria nemini ſervire poteſt. Eben ſo wenig kann die äſtimatoriſche Injurienklage mit der Criminalklage cumuliret werden, weil die äſtimatoriſche Klage eine Pönalklage iſt, niemand aber mit einer doppel-

de Interdict. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. XII. §. 1—5. und Claproths Einleitung in die ſämtl. ſummariſchen Proceſſe Abſchn. II. Hptſt. 2. Tit. 1. §. 34.

56) *§. 2. I. de Actionib.*

57) BOEHMER doctr. de actionib. Sect. III. §. 5. WERNHER Obſervat. for. T. I. P. IV. Obſ. 118. Danz Grundſ. des gem. bürgerl. Proceſſes §. 85. Not. a.

58) §. 2. *I. cit. L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. D. Si Servit. vindic.*

59) PUFFENDORF in Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 120. *Paul Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 659. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canonici §. 683.

ten Strafe belegt werden kann [60]). Es wird bey dieſer Art der Cumulation ferner

b) erfordert, daß die mit einander verbundenen Klagen nach einerley Proceßart verhandelt werden können. Mehrere Klagen, welche ganz verſchiedene Proceßarten erfordern, z. B. eine Executivklage und eine Klage des ordentlichen Proceſſes, können daher nicht zuſammen genommen werden [61]). Eine Ausnahme findet jedoch ſtatt, wenn das poſſeſſorium mit der auf das Recht ſelbſt gerichteten Klage cumuliret wird [62]).

c) Dürfen die verſchiedenen Klagen auch nicht vor verſchiedene Gerichte gehören, ſondern es muß der angegangene Richter in Anſehung der mit einander verbundenen ſämtlichen Klagen zuſtändig ſeyn [63]); es wäre denn, daß durch Prorogation der Mangel der zuſtändigen Gerichtsbarkeit gehoben werden könnte [64]). Ferner

d) muß

60) *L. 6. et 7. §. 1. D. de Iniur.* COCCEJI in Iur. Civ. controv. Lib. XLVII. Tit. X. Qu. 28. Hingegen auf Wiederruf oder Abbitte und öffentliche Beſtrafung des Injurianten zugleich zu klagen, gehet an. S. Höpfner im Commentar über die Heineccíſchen Inſtitutionen §. 1073. In wiefern überhaupt Civil- und Criminalklagen in einem Libell vereiniget und zugleich verhandelt werden können, zeigt *Chr. Frid. Ge.* MEISTER in Diſſ. de ordine cognitionum in cauſarum civilis et criminalis concurſu. *Goetting.* 1774. §. XI. ſqq.

61) Hofmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 243. Danz Grundſ. des ordentl. bürgerl. Proc. §. 82.

62) Claproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 113. c. S. 54.

63) Danz a. a. O. §. 82.

64) Claproth a. a. O. S. 54.

d) muß auch nicht etwa die Entſcheidung der einen Klage von der Entſcheidung der andern abhängen, weil in ſolchem Falle die Präjudicialklage vorher erörtert werden muß, ehe die andere davon abhängende in Unterſuchung kommen kann [65]). Endlich

e) muß auch alle Verwirrung des Proceſſes dabey ſorgfältig vermieden werden. Zu dem Ende müſſen nicht nur,

α) wenn ganz verſchiedene Gegenſtände durch die verſchiedenen Klagen verfolgt werden, und eine jede derſelben auf ganz verſchiedenen Rechtsgründen beruhet, die Thatumſtände, die eine jede einzelne der gehäuften Klagen veranlaßt haben, beſtimmt erzählt werden, ſondern es iſt auch, zur Deutlichkeit des Vortrags, einer jeden einzelnen Geſchichtserzählung ſowohl der rechtliche Grund, als auch die Bitte jedesmal unmittelbar beyzufügen [66]).

β) dürfen auch nicht zu viele Klagen gehäufet werden, worüber der Richter nach ſeinem billigen Ermeſſen zu entſcheiden hat [67]), in ſofern nicht ſchon in der Proceßordnung die Zahl der Klagen beſtimmt ſeyn ſollte, welche mit einander gehäuft werden können [68]).

65) *L.* 13. *C. de Rei Vindicat.* *L.* 3. *Cod. de Interdict.* *L.* 1. *C. de appellat.* Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 62. S. 47.

66) Schmidts öffentl. Rechtsſprüche Nr. XCIII. §. 1. Danz a. a. O. §. 81. S. 178.

67) Danz a. a. O. §. 82. Not. e.

68) So z. E. dürfen in Sachſen mehr nicht als drey Klagen cumulirt werden.

§. 284. d.

B) Electiviſche Concurrenz der Klagen läßt keine Cumulation derſelben zu. Ausnahmen dieſer Regel.

2) Wenn Klagen elective concurriren, ſo können ſolche in der Regel nicht mit einander cumuliret werden. Denn dieſe Klagen ſind auf einerley Gegenſtand und Endzweck gerichtet, nun aber erlaubt es die Billigkeit nicht, das Nämliche zweymal zu fordern [69]). Man kann auch den Gegenſtand derſelben nicht dergeſtalt theilen, daß man die eine Hälfte mit der einen, die andere aber mit der andern Klage von dem nämlichen Beſitzer oder Schuldner verlangen könnte [70]). Es muß demnach der Kläger von den ihm zuſtehenden mehreren Klagen eine wählen, welche ihm am vortheilhafteſten zu ſeyn dünkt [71]), und ſollte es etwa zweifelhaft ſeyn, was der Kläger

69) *L. 57. D. de Reg. iur.*

70) *L. 76. §. 8. D. de legat. II.* Variis actionibus legatorum ſimul legatarius uti non poteſt: quia legatum datum in partes dividi non poteſt. *Non enim ea mente datum eſt legatariis pluribus actionibus uti, ſed ut laxior eis agendi facultas ſit, ex una interim, quae fuerat electa, legatum petere.*

71) *L. 43. §. 1. D. eodem.* Quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine una quis experiri debet. Dieſe Stelle iſt zwar allerdings von unzuläßiger Cumulation ſolcher Klagen zu verſtehen, welche electiviſch concurriren, doch darf ſie mit *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pand. de div. Reg. iuris h. L. pag. 218. und FINESTRES in Hermogeniano pag. 612. darauf nicht allein eingeſchränkt werden, ſondern der vollſtändige Sinn dieſer Stelle gehet vielmehr dahin, daß man ſolche Klagen, die einerley Gegenſtand betreffen, und den nämlichen Endzweck haben, weder zugleich noch hintereinander

Kläger eigentlich für eine Klage von den mehreren erwählet hätte, ſo erfordert es die Pflicht des Richters, der Intention des klagenden Theils gemäß, diejenige für angeſtellt zu halten, welche demſelben am vortheilhafteſten iſt [72]). Hat nun derſelbe durch die angeſtellte Klage ſeinen Endzweck vollkommen erreicht, ſo ſind die übrigen Klagen hiermit erloſchen [73]). Im entgegen geſetzten Falle aber kommt

der anſtellen könne, wie ſie *Pet.* FABER in Commentar. ad dict. L. und *Herm.* a VIANEN in Diſſ. de Concurſu actionum Cap. II. §. 1. richtiger erklärt haben.

72) *L.* 66. *D. de Iudiciis.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 63. und Ernſt Gottfr. Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch 1. Band S. 96.

73) *L.* 34. §. 1. *D. de Obligat. et action.* Si is, cui rem commodavero, eam ſurripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione; ſed *altera actio alteram perimit*, aut *ipſo iure* aut *per exceptionem*, quod eſt tutius. Die andere Klage erlöſcht nämlich, wenn der Kläger durch die angeſtellte ſeine völlige Befriedigung erhalten, wie aus *L.* 18. *§. ult. D. de pecun. conſtit.* und *L.* 28. *D. de act. emti vend.* erhellet; und zwar erlöſcht ſie *ipſo iure*, wenn ſie eine actio bonae fidei iſt, quia iudicia bonae fidei propter benignam eorum naturam continent in ſe doli mali exceptionem, ita ut etiam non oppoſita ſuppleatur officio iudicis. *L.* 84. *§.* 5. *D. de legat. I.* *L.* 3. *D. de Reſc. Vendit.* *L.* 38. *D. de heredit. petit.* *L.* 21. *D. ſolut. matrim.* Hingegen *per exceptionem* alsdann, wenn dieſelbe eine actio ſtricti iuris iſt, und zwar iſt dieſes die exceptio doli, *L.* 25. *D. de admin. tut.* *L.* 3. §. 15. *D. de tab. exhib.* welche der Prätor aus dem triftigen Grunde ertheilt, damit niemand ſich unter dem Schein des Rechts zum Schaden des andern auf eine unbillige Art bereichere. *L.* 1. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* S. CUJACIUS in Commentar. ad dict. L. 34. DONELLUS Lib. XXI. Com-

es darauf an, ob die angeſtellte Klage verworfen worden, oder nicht, ſondern der Kläger nur dadurch weniger erhalten, als er durch eine ihm ebenfalls zuſtehende andere Klage hätte erhalten können. Im letztern Falle findet die andere Klage wenigſtens in Anſehung desjenigen ſtatt, was der Kläger durch die erſtere noch nicht erhalten [74]); inſofern nicht

Commentar. iur. civ. cap. 3. §. Hoc modo. pag. 1190. *Petr.* FABER in Comment. ad L. 130. D. de Reg. iur. pag. 551. FINESTRES in Diſſ. cit. de concurrentibus actionibus P. I. §. 57. et 58. in *Hermogeniano* T. I. pag. 625. und *Herm.* a VIANEN in Diſſ. de concurſu actionum Cap. II. §. 1.

74) *L.* 47 *pr. D. pro ſocio. L.* 34. §. *ult. D. de Obligat. et action.* Ueber die zweyte Geſetzſtelle iſt viel geſtritten worden. Sie lautet folgendermaßen. Et hoc in Legis Aquiliae actione dicitur, ſi tibi commodavero veſtimenta, et tu ea ruperis, utraeque enim actiones rei perſecutionem continent. Et quidem poſt Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; poſt commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius eſt, dubitatur: ſed verius eſt remanere; *quia ſimplo accedit, et ſimplo ſubducto locum non habet.* Wenn ich jemanden Kleider geliehen, die er mir verdorben hat, ſo concurriren die actio commodati und Legis aquiliae electiviſch. Wie wenn ich nun die erſtere angeſtellt, und auch den wahren Werth meiner Kleider erſetzt erhalten habe, findet die andere Klage doch noch ſtatt, in ſo weit dieſelbe nämlich darauf geht, was die Kleider binnen den nächſtvorhergehenden dreyßig Tagen mehr werth geweſen ſind? Die Frage war zweifelhaft, weil doch beyde Klagen nur auf Schadenserſatz abzielen. Nach der gemeinen und Florentiniſchen Leſeart pflichtet indeß Paulus der bejahenden Meinung bey. Allein der Grund, den er ſeiner Entſcheidung beyfügt, ſcheint dieſer Meinung ganz entgegen zu ſeyn. Daher wollen einige mit CUJACIUS Lib. III. Obſervat. cap. 25. die Negation in den letztern

nicht etwa die Geſetze aus beſondern Gründen eine Ausnah-

letztern Worten locum non habet wegſtreichen, und ſtatt derſelben *locum habet* leſen. Man ſehe HOTOMANNUS lib. VIII. Obſervat. 19. SANDE in Commentar. ad L. 43. D. de Reg. iur. und *R. I.* POTHIER in Pandectis Iuſtinianeis Tom. III. Tit. de obligat. et actionib. Sect. III. Art. I. nr. LXIV. not. h. pag. 285. Andere hingegen wollen, um den Paulus mit ſich ſelbſt zu vereinigen, ſtatt die Negation in den letzteren Worten auszuſtreichen, noch eine dem Wort remanere beyfügen, und *non remanere* leſen, als *Frid.* HORTLEDER in lib. ſing. de concurſu actionum Cap. 8. *Val. Guil.* FORSTER de Interpretatione iuris Lib. I. cap. 2. n. 15. (Tom. II. *Theſ. I. R. Otton.* p. 961.) auch *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXI. Cap. 3. pag. 1192. und Accurſius bemerkt bey *Ant.* AUGUSTINUS Lib. I. Emendation. cap. 3. daß in einigen alten Handſchriften dieſe Leſeart wirklich gefunden werde. Was ſich nur immer zur Beſtärkung derſelben ſagen läßt, hat *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 15. angeführt, der ihr vollen Beyfall giebt. Allein ſchon *Io.* ROBERTUS Lib. II. Receptar. lection. cap. 22. et 25. hat beyde Emendationen verworfen, und *Emund.* MERILLIUS Obſervat. lib. IV. cap. 38. *Io* SUAREZ DE MENDOZA in Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. 3. n. 13. *Siegm. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. crit. de negationibus Pand. Florent. Cap. XIII. pag. 200. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 617. und *Herm. a* VIANEN in Diſſ. de concurſu action. Cap. II. §. 6. haben gezeigt, daß auch nach der gemeinen Leſeart und ohne alle Aenderung derſelben die Worte des Paulus keinen Widerſpruch enthalten, wenn man ſie folgendermaßen verſtehet: die actio legis Aquiliae findet allerdings nach der richtigern Meinung auch noch nach angeſtellter actio commodati in Anſehung desjenigen ſtatt, was die verdorbene Sache binnen den nächſtvorhergehenden dreyßig Tagen mehr werth geweſen. Denn dieſes amplius iſt ein Vortheil, welchen der Kläger durch die actio commodati noch

nicht

me gemacht haben [75]). Iſt hingegen dem Kläger dasjeni⸗ge, was er durch die zuerſt angeſtellte Klage geſucht hat, abge⸗

nicht erhalten. Er fordert alſo mit der Aquilianiſchen Klage nicht noch einmal eben daſſelbe. Nur muß freylich bey dieſer letztern Klage das Simplum, das iſt, der wahre Werth, den die verdorbene Sache blos zur Zeit der Corruption hatte, ab⸗gerechnet werden; denn dieſen hat der Kläger ſchon durch die zuerſt angeſtellte actio commodati erhalten, und nur in ſofern, als die Aquiliſche Klage auch darauf zugleich gerichtet wird, iſt ſie unſtatthaft. Nach dieſer Erklärung wäre alſo der Sinn der letzteren Worte *ſimplo ſubducto locum non habet*, folgen⸗der: *quod actio legis Aquiliae locum non habeat in ſimplo per commodati actionem iam olim ſubducto*, oder wie AVERANIUS a. a. O. pag. 428. noch beſſer dieſe Worte paraphraſirt: *quod computato et connumerato ſimplo, locum non habeat actio legis Aquiliae, inſpecto ſcilicet effectu, cum ad ipſum exigendum inanis ſit, et omnino inutilis.* Denn die Bedeutung des Worts *ſubducere* für computare, numerare iſt auch den beſten Claſſikern eigen. Hiermit ſtimmt auch Ulpian überein *L.* 7. *§.* 1. *D. commodati.*

75) So z. B. findet die actio rationibus diſtrahendis, ohngeach⸗tet ſie auf den doppelten Erſatz desjenigen gehet, was der Vormund treulos hatte unterſchlagen wollen, dennoch nicht weiter ſtatt, wenn der Pupill durch die actionem tutelae be⸗reits das Seinige wieder erhalten hat. *L.* 1. §. 21. *D. de tutelae et ration. diſtrah.* Die Rechtsgelehrten geben hier⸗von einen verſchiedenen Grund an. Cujaz Lib. VIII. Obſervat. cap. 24. und in Commentar. ad L. 130. D. de R. I. glaubt, die actio rationibus diſtrahendis ſey eine actio mixta arbitraria, die Anfangs nur auf das Simplum, und erſt hernach, wenn der Beklagte läugnet oder ungehorſam iſt, auf das Duplum gerichtet werden könne. Sie falle alſo weg, wenn der Pupill das Unterſchlagene ſchon wieder erhalten. Allein Cujaz ſetzt hier etwas als ausgemacht voraus, was er doch erſt

abgeſprochen worden, ſo iſt wieder zu unterſcheiden, ob derſelbe eine Real- oder Perſonalklage angeſtellt gehabt; im erſtern Falle findet noch immer eine andere Perſonalklage ſtatt, ohne daß dem Kläger die exceptio rei iudicatae entgegen geſetzt werden kann [76]). Wenn hingegen die andere Klage auch eine Realklage iſt, ſo kommt es darauf an, ob der Kläger nur einen allgemeinen Grund der Klage angeführt, oder zugleich den beſondern Rechtstitel angegeben hatte, wodurch das klagbar gemachte dingliche Recht erworben worden. Im erſteren Falle findet keine weitere Realklage ſtatt, weil ein allgemeiner Klagegrund, aus welchem die Sache in Anſpruch genommen worden, bey dinglichen Klagen alle beſondere Gründe unter ſich begreift [77]); dahin-

erſt hätte erweiſen ſollen. Richtiger ſetzt *Iac.* VOORDA Elector. lib. ſing. Cap. XVI. pag. 149. den Grund darin, daß beyde Klagen ex tutelae obligatione entſpringen. Hat alſo der Pupill einmal mit der actione tutelae geklagt, und das Seinige erhalten, ſo iſt die aus der Vormundſchaftsverwaltung entſtehende Verbindlichkeit erloſchen. S. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad Tit. Pandect. de tut. et rat. diſtrah. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 621. und *Herm. a* VIANEN in Diſſ. de concurſu action. Cap. II. §. 9.

76) *L. 31. D. de except. rei iudicat.* PAULUS reſpondit, ei, qui in rem egiſſet, nec tenuiſſet, poſtea condicenti non obſtare exceptionem rei iudicatae. Dieſer Regel gemäß ſagt daher Pomponius in der *L. 9. ſ. 1. D. de Furt.* daß wenn ich gegen den Dieb zuerſt die Eigenthumsklage angeſtellt, und dadurch die mir entwendete Sache nicht wieder erhalten, ſo bleibe mir hernach immer noch die condictio furtiva übrig. S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 644.

77) *L. 14. §. 2. D. de except. rei iudicat.* Cum in rem ago non expreſſa cauſa, ex qua rem meam eſſe dico, omnes cauſae una

dahingegen in dem andern Falle dem Kläger unbenommen iſt, aus einem andern beſondern Grunde eine neue dingliche Klage anzuſtellen, ohne daß ihm ſein Gegner die Rechtskraft des vorigen Erkenntniſſes entgegen ſetzen kann. Denn dieſe ſchränkt ſich nur auf den beſondern Grund ein, worauf der Kläger in dem vorigen Klagſchreiben ſeine Anſprüche bereits vergeblich gebauet hat. Da es nun aber nicht unmöglich iſt, daß der Kläger das Eigenthum der Sache auch durch einen andern Rechtstitel erworben haben kann, als auf welchen er in der vorigen Klage ſeinen Anſpruch gegründet hatte, ſo darf ihm auch die ſucceſſive Ausführung deſſelben nicht entzogen werden [78]). Eben dieſes findet endlich auch in dem Falle ſtatt, wenn dem Kläger der nämlichen Forderung wegen mehrere Perſonalklagen aus verſchiedenen Gründen zuſtehen, und die eine vergeblich angeſtellet worden, ſo kann er noch immer zu einer anderen ſeine Zuflucht nehmen [79]). Denn eben darin unterſcheiden ſich, ſagt **Paulus** im ſiebenzigſten Buch ſeines Commentars über das Edict [80]), perſönliche Anſprüche von dinglichen

una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius, quam ſemel, res mea eſſe poteſt.

78) *L.* 11. §. 4. *D. de except. rei iudic.* Caeterum ſi forte petiero fundum, mox alia cauſa nova poſt petitionem mihi acceſſerit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet iſta exceptio. FINESTRES in Hermogeniano pag. 640. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band S. 94. folg.

79) *Herm. a* VIANEN in Diſſ. alleg. Cap. I. §. 9.

80) *L.* 14. §. 2. *D. de except. rei iudicat.* Actiones in perſonam ab actionibus in rem hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, ſingulas obligationes ſingulae cauſae ſequun-

chen Klagen, daß erſtere gegen eine und eben dieſelbe Perſon vielerley und mannichfaltig ſeyn können, weil es mancherley Gründe geben kann, weßwegen mir eine Perſon die nämliche Sache ſchuldig iſt. Allein der Real-Anſpruch auf eine Sache iſt immer nur einfach; denn was einmal mein iſt, kann nicht weiter aus neuen Gründen mein werden [81]). Man ſetze alſo, ein Teſtator habe ſeinem Erben anbefohlen, diejenigen 1000 Rthlr. ſeiner hinterlaſſenen Ehefrau wieder zu bezahlen, welche ſie ihm auf eine Handſchrift dargeliehen. Man denke ſich ferner, die Witwe habe auch deshalb wirklich condictione ex mutuo gegen den Erben geklagt, aber den Proceß verlohren; kann ſie nicht noch mit der actione perſonali ex teſtamento die im Teſtament ihr zugedachte Summe, als Vermächtniß, fordern? Allerdings, denn hier tritt ein ganz verſchiedener Klaggrund ein [82]).

Wenn

ſequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. Die folgenden Worte ſind ſchon oben Not. 77. angeführt worden. Ich bemerke nur noch, daß ſtatt debeatur vielleicht beſſer *ſaepius* oder *ex variis cauſis debeatur* zu leſen wäre, wie auch ſchon *Franc.* HOTOMANNUS Quaeſtion. illuſtr. libro Qu. 28. pag. 209. und *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 454. gemeint haben.

81) Hierauf zielt auch Paulus *L.* 159. *D. de Reg. iur.* Non ut ex pluribus cauſis deberi nobis idem poteſt, ita ex pluribus cauſis idem poſſit noſtrum eſſe, welche Stelle *Gregor.* MAJANSIUS in Diſputat. iuris Tom. I. Diſp. VII. §. 2. et 3. ſehr elegant erklärt.

82) S. *L.* 28. §. 13. *et* 14. *D. de liberat. legat.* *L.* 93. §. 1. *D. de Legat. III.* Ein anderes Beyſpiel enthält *L.* 11. §. 7. *D. de inſtit. act.* und *L.* 9. §. 1. *D. de tribut. act.* Vergl. VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XIV. Tit. IV. §. 1.

Wenn nun gleich aus allem ſoviel erhellet, daß Klagen, welche electiviſch concurriren, ihrer Natur nach nicht ſchlechthin cumulirt werden können, ſo giebt es doch Fälle, in welchen dergleichen Klagen zuweilen alternativiſch das iſt, auf eine ſolche Art vereiniget werden können, daß der Kläger entweder durch die eine oder durch die andere Klage dasjenige erlange, was er zu fordern hat. Dahin gehört,

1) wenn es ungewiß iſt, welche von den mehreren dem Kläger zuſtehenden Klagen in einem gewiſſen Falle wider den Beklagten ſtatt finden oder für den Kläger die vortheilhafteſte ſeyn möchte [83]). So z. B. kann die hereditatis petitio und die rei vindicatio alternativiſch vereiniget werden, wenn der Erbe nicht weiß, ob der Beſitzer einer zur Erbſchaft gehörigen Sache ſich dieſelbe als vermeintlicher Erbe oder als vermeintlicher Eigenthümer anmaßt [84]). Eben ſo die Rei vindicatio und actio publiciana, wenn der Kläger nicht weiß, ob er mit dem Beweiß des wahren Eigenthums fortkommen wird [85]). Ferner die Querela inofficioſi teſtamenti und querela nullitatis, wenn es zweifelhaft iſt, ob das Teſtament wegen der darin enthaltenen ungerechten Ausſchlieſſung des Klägers blos für pflichtwidrig

83) *L. 1. §. 4. D. quod legator.*

84) VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 14. wie in ſolchem Fall das Geſuch in dem Klageſchreiben zu faſſen ſey, lehrt Schmidt in dem theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 111. Not. o.

85) WERNHER Obſervat. ſelect. forenſ. Tom. II. Part. IX. Obſ. 23.

widrig oder nicht vielmehr für null und nichtig zu erklären [86].

2) Wenn die mehreren electiviſch concurrirenden Klagen bey ihrem übrigens gleichen Endzweck von verſchiedener Wirkung ſind. So z. E. kann die actio perſonalis ex mutuo, mit der hypothekariſchen Klage, gegen den Schuldner alternativiſch cumulirt werden. Denn beyde Klagen finden gegen den Schuldner ſtatt, welcher dem Gläubiger des Anlehns wegen eine Hypothek gegeben [87].

§. 284. e.

C) Cumulation ſucceſſiviſch concurrirender Klagen.

Endlich 3) wenn Klagen ſucceſſive concurriren, ſo können ſolche nur in ſo ferne, als die eine der andern den Weg bahnt, alſo präparatoriſch iſt, und zwar mit der Wirkung cumulirt werden, daß eine nach der andern unterſucht und entſchieden wird, ohne daß es nöthig wäre, nach Beendigung der einen, wegen der andern ein neues Klageſchreiben einzugeben [88]. Stehen hingegen ſelbige nicht in einem ſolchen Verhältniß gegen einander, ſo können ſie mit einander nicht verbunden, ſondern

86) *L.* 8. *§.* 12. *D. et L.* 16. *Cod. de inoff. teſtam.* BOEHMER in doctr. de actionibus Sect. III. §. 7. et CARRACH in Adnotation. ad Eundem pag. 366. Schmidts öffentl. Rechtsſprüche Abſchn. IV. Nr. LXXXXIII. §. 3. S. 627.

87) Schmidt in dem theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 111. S. 164.

88) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXVI. medit. 5.

dern nur eine nach der andern, ohne Cumulation, ſubſidiariſch angeſtellet werden [89]). Z. B. So können zwar die actio ad exhibendum und die rei vindicatio, die reſtitutio in integrum und die hereditatis petitio, die actio familiae erciſcundae und die hereditatis petitio partiaria [90]) mit einander ſucceſſiviſch cumulirt werden; allein die Erbtheilungsklage und die actio communi dividundo laſſen eine ſolche Cumulation nicht zu, ſondern ſind nur nach einander allenfals ſubſidiariſch zu gebrauchen, wenn etwa einige Erbſchaftsſachen ungetheilt geblieben wären [91]).

§. 285.

Supplicatio pro decernenda citatione.

Auf die Klage folgt nun heutiges Tages erſt die Citation des Beklagten; ob nun gleich der Kläger um deren Verfügung insgemein zu bitten pflegt, ſo iſt dieſes jedoch nicht ſchlechterdings nothwendig, weil es von dem Richter ſchon von Amtswegen geſchehen muß, wenn auch der Kläger nicht beſonders darum gebeten hätte [92]). Das Geſuch des Klägers um die Vorladung des Beklagten (Supplicatio pro decernenda citatione) kann übrigens entweder in einer beſondern Schrift geſchehen, welche man das Prä-

89) Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 110.

90) Wenn nämlich der Kläger nicht gewiß weiß, ob der Beklagte ihn für einen Miterben anerkennen wird. S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Band §. 624.

91) *L. 20. §. 4. D. fam. erciſc.* Schmidts Commentar 1. Band §. 110.

92) Reichsabſch. vom J. 1654. §. 34.

Präſentationsſchreiben nennt, mittelſt welchen die Klage dem Richter übergeben, und dieſer um die gewöhnliche Ausfertigung auf ſelbige an den Beklagten erſuchet wird [93]); oder es kann ſolches auch in dem Klageſchreiben ſelbſt mit angebracht werden, und dieſes geſchiehet alsdann noch vor dem Hauptgeſuch, und lautet gewöhnlich folgendermaßen: ich ſehe mich demnach genöthiget, wider gedachten Titius Klage zu erheben, und ergehet daher an Ew. ꝛc. ꝛc. mein gehorſamſtes Bitten, dem Beklagten gegenwärtige Klage geneigteſt zuzufertigen, und ihn auf einen beliebigen Termin zur Einlaſſung und Antwort vorzuladen; demnächſt aber rechtlich zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter ꝛc. ꝛc.

§. 286. a.

In wiefern kann der Beklagte vor der Einlaſſung die Edition der Documente von dem Kläger verlangen?

Der Klage pflegen gewöhnlich diejenigen Urkunden in beglaubter Abſchrift beygeſchloſſen zu werden, auf welche ſich der Kläger in ſeiner Geſchichtserzählung bezogen. Die Originalien ſelbſt beyzufügen iſt weder nothwendig noch rathſam, ſo wie es denn auch vor der Hand genug iſt, wenn nur Auszüge derjenigen Stellen beygebracht werden, worauf es in der Klage hauptſächlich ankommt. Es entſtehet nun hierbey die Frage, ob nicht der Kläger angehalten werden könne, daß er dem Beklagten noch vor erfolgter Kriegsbefeſtigung diejenigen Urkun-

93) Ein Formular eines ſolchen Präſentationsſchreibens findet man in Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 90.

Urkunden edire, worauf ſich die in ſeiner Klage angeführten Thatumſtände gründen? Nach römiſchen Rechten kann der Beklagte die Vorlegung dieſer Urkunden allerdings verlangen, damit er durch deren Einſicht deſto beſſer in den Stand geſetzt wird, zu überlegen, ob er ſtreiten oder nachgeben wolle [94]? und eben dieſes ward auch ehedem ſelbſt von dem Reichskammergericht und der Reichsdeputation zu Frankfurt im Jahr 1644. gebilliget [95]). Allein der jüngſte Reichsabſchied vom Jahr 1654. [96]) überläßt die Sache blos der Willkühr des Klägers, ob er ſeine Documente ſogleich mit Uebergebung des Klageſchreibens beybringen, oder ſelbige in dem erſten

94) *L.* 1. *§.* 3. *D.* und *L. penult.* §. *ult. Cod. h. t. Io.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 16. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Digeſt. h. t. §. 9. und beſonders *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digeſta h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 66. (*edit. Lugd. Bat.* 1735. *fol.*)

95) S. von Meiern Acta Comit. Ratisbon. Tom. II. p. 143.

96) §. 35. wo es heißt: Beneben bleibet einem jeden Kläger unverwehrt, ſondern hiemit vergönnt, und zugelaſſen, auch in ſeine Willkühr geſtellt, ob er die Probatoria, um ſein ſelbſt Beſtes willen, zu Beſchleunigung der Sachen, gleich bey Auszìehung der Proceſſen, oder auch in dem erſten Termin, vornehmlich wenn ſie in brieflichen Urkunden beſtünden, mit Production und Einführung der Klage einbringen, oder ſich ſonſten in andere Weg zum Beweißthum gefaßt machen; oder ſolches alles dahin, bis der Beklagte mit ſeiner Verantwortung einkommen, auf den zweyten *Terminum* verſchieben wolle.

erſten Termin vorlegen, oder erſt nach erfolgter Kriegsbefeſtigung in dem künftigen Beweißtermin produciren wolle, und dieſe Verordnung beruhet auch wirklich auf ſehr guten Gründen. Denn erſtens würde oft der Kläger mit einem unnöthigen Beweiß beläſtiget werden, wenn er ſchon vor erfolgter Kriegsbefeſtigung die zur Begründung ſeiner Klage erforderlichen Urkunden ediren müßte, weil man ja noch nicht weiß, ob und was der Beklagte läugnen wird. Man würde alſo den Kläger unbilliger Weiſe der Vortheile berauben, welche er aus der Antwort des Beklagten ziehen kann. Denn dieſe könnte ja leicht zu Gunſten des Klägers ausfallen, und ihn alles weitern Beweiſes überheben. Zweitens würde auch dem Beklagten dadurch öfters Veranlaſſung zur Chikane gegeben werden, welcher, ſeiner Schuldigkeit bewußt, gern nachgegeben und den Kläger befriediget haben würde, weil er ſich für den Beweiß des Klägers und die Verurtheilung in die Proceßkoſten furchte, der hingegen, wenn er aus der Edition der Urkunden die Schwäche des daraus entnommenen Beweiſes erſiehet, ſich nunmehr aufs Läugnen legen, und dem Kläger ſeine vielleicht gerechteſte Forderung vereiteln wird. Es iſt daher gewöhnlicher Weiſe am rathſamſten, wenn der Kläger mit den Documenten ſo lange zurück hält, bis ſich der Beklagte erſt auf die Klage eingelaſſen hat [97]). Der Einwurf, daß die Edition der Documente vor der Kriegsbefeſtigung dazu diene, damit der Beklagte überlegen könne, ob er ſich mit dem Kläger in einen Proceß einlaſſen oder nachgeben ſolle, widerlegt ſich, wenn man bedenkt, daß hier-

97) S. Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 95. S. 147.

zu kein völliger Beweiß, ſondern, wie ſchon Leyſer [98]) bemerkt hat, nur einige Information nöthig ſey, wozu ſelbſt nach deutlicher Verordnung des jüngſten Reichsabſchiedes [99]) die dem Beklagten zugefertigte Abſchrift der Klage hinreichend iſt [100]). Hiermit ſtimmt auch nach der Meinung der bewährteſten Rechtsgelehrten der heutige Gerichtsgebrauch überein [1]). Es giebt indeſſen allerdings Fälle, da die Edition der Urkunden noch vor der Litisconteſtation gefordert werden kann. Dahin gehört,

1) wenn ſelbige des Klägers Legitimation zur Sache betreffen. Denn dieſe Legitimation gehört zu den weſentlichen Erforderniſſen des Proceſſes, und muß daher vor allen Dingen zu den Acten gebracht werden, weil die Gültigkeit des ganzen proceſſualiſchen Verfahrens und des künftigen Endurtheils ſelbſt davon abhängt, und daher der Beklagte nicht eher ſchuldig iſt, ſich auf die Klage einzulaſſen, als bis dieſer Punct berichtiget worden. Wenn demnach der Kläger entweder in eigenem Namen ein Recht verfolgt, von dem er ſelbſt einräumt, daß nicht er, ſondern ein anderer ſolches urſprünglich erworben habe, z. B. er

98) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXVIII. medit. 5.

99) *R. I. N.* §. 37.

100) Man ſehe vorzüglich *Chriſt.* ITZSTEIN Diſſ. de uſu Receſſus Imp. noviſſimi de A. MDCLIV. in iudiciis Moguntinis. *Moguntiae* 1787. Obſervat. I.

1) COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. IX. LEYSER cit. loc. Vol. I. pag. 390. REINHARTH in Obſ. ſelect. ad Chriſtinaei deciſion. Vol. I. Obſ. 46. *Mich. God.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. Part. I. h. t. §. 15. EMMINGHAUS ad Cocceji I. C. C. c. l. not. k. und MÜLLER in Obſervat. pract. ad Leyſerum Tom. I. Faſc. II. Obſ. 147.

er tritt in der Eigenſchaft eines Ceſſionars, oder Käufers einer Erbſchaft, oder eines Erbens auf; oder wenn er ein Recht klagbar macht, welches eine gewiſſe, die Hauptſache ſelbſt zwar nicht betreffende, aber doch ſolche Eigenſchaft bey dem Kläger vorausſetzt, ohne welche derſelbe zu einer Klage von der Art, wie er angeſtellt hat, nicht berechtiget iſt, z. E. die Qualität des Eigenthümers bey einer wegen dinglicher Dienſtbarkeiten angebrachten confeſſoriſchen Klage, oder die Qualität des Lehnsherrn bey einer wegen Felonie auf Verluſt des Lehns gerichteten Klage; ſo muß der Kläger, ehe die Hauptſache verhandelt werden kann, vorerſt ſich zur Sache legitimiren, das iſt, er muß in dem erſten Falle darthun, wie das Recht des andern, welches er in eigenem Namen verfolgt, auf ihn übergegangen ſey, oder in dem zweyten Falle zeigen, daß er die Eigenſchaft wirklich habe, ohne deren Vorausſetzung er zu einer Klage von der Art, als er angeſtellt hat, nicht berechtiget iſt, und die dazu erforderlichen Documente beybringen, weil, ſo lange dieſer Punct nicht in Richtigkeit geſetzt worden, dem Beklagten deshalb eine Einrede zuſtehet, vermöge deren er die Einlaſſung in den Rechtsſtreit mit Recht verweigern kann [2]).

2) Zuweilen macht auch die Natur des angeſtellten Rechtsmittels die Beylegung der Documente unumgänglich nothwendig. Dieß iſt der Fall bey einer Executiv- oder Wechſelklage, bey welcher wenigſtens

2) *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de vera indole exceptionis legitimationis ad cauſam. Halae 1737. §. 9. Danz Grundſätze des gem. ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 124. vorzüglich aber Herr Hofr. Gönner in den juriſt. Abhandlungen 1. Theil. (Bamberg 1795. 8.) Nr. VI.

ſtens die Urkunde oder der Wechſelbrief dem Klagelibell in Abſchrift beygefügt werden muß, damit der Richter ſiehet, ob deshalb der Executiv- oder Wechſelproceß ſtatt findet [3]). Eben ſo erfordert die Provocation ex lege diffamari, daß der Diffamat entweder von den Documenten, worinn die angegebene Ausſprengung oder Berühmung enthalten, eine beglaubte Abſchrift, oder wenigſtens eines gerichtlich- oder vor einem Notar abgehörten Zeugens Ausſage der Provocation mit beylege, weil ſonſt Provocant gewärtigen muß, daß entweder der Richter ſein Suchen zur Zeit für unſtatthaft erkennen, oder wenn auch allenfalls derſelbe ohne vorhergegangene ſummariſche Beſcheinigung die Ladung an den Provocaten verfügt hätte, letzterer ſich doch auf die Provocation nicht einlaſſen werde, als wozu derſelbe auch nicht eher als nach erfolgter Beſcheinigung verbunden iſt [4]).

3) Eine dritte Ausnahme iſt, wenn der Beklagte, welcher die Edition der Documente zu ſeiner Information verlangt, eine in den Rechten beſonders begünſtigte Perſon iſt, z. E. der Fiskus [5]). Endlich

4) wenn

3) Schmidt im Commentar a. a. O. Not. a. S. 147.

4) Concept der K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 27. Reichsabſch. vom Jahr 1654. §. 79. und 83. Claproth in der Einleitung in die ſämtlichen ſummariſchen Proceſſe Abſchn. III. Hptſt. XI. Tit. II. §. 273. Danz Grundſätze der ſummariſchen Proceſſe Hptſt. VII. §. 75. und beſonders Bernh. Fried. Rud. Lauhns nutzbarer Gebrauch der Vorklage wider klare Briefe und Siegel. (Leipzig 1786. 8.) §. 17. u. 18.

5) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. IX.

4) wenn die beſondere Proceßordnung eines Landes die Urkunden, deren ſich der Kläger bedienen will, dem Klageſchreiben ſogleich in Abſchrift beyzufügen vorſchreibt, wie z. B. im Hannöveriſchen [6]). Der Beklagte kann in dieſen Fällen bitten, den Kläger mit ſeiner Klage ferner nicht zu hören, bevor er die verlangten Urkunden nicht edirt haben wird, und er wird, wenn dieſe Edition nicht erfolgt, von der Inſtanz losgeſprochen [7]).

§. 286. b.

Edict des Prätors von Vorlegung der Rechnungsbücher der Banquiers. Beſchaffenheit der actionis in factum de edendo nach römiſchen und heutigen Rechten.

Uebrigens kommt in den Geſetzen dieſes Titels noch ein beſonderes Edict des Prätors vor [8]), vermöge welchen diejenigen, die mit Ausleihung und Verwechſelung der Gelder öffentlichen Verkehr treiben, (argentariae menſae exercitores, argentarii, trapezitae, menſarii) [9]) ſo wie auch deren Erben und Agenten (nummularii [10]), collectarii,

6) Danz Grundſätze des ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 65. Not. a.

7) Schmidt in dem angef. Commentar V. Band §. 1357. S. 241. H. Hofrath Gönner a. a. O. Seite 108.

8) *L. 4. et ſqq. h. t.* Vid. NOODT in Comment. ad h. tit. und SCHULTING in Enarrat. ad h. t. §. 15. ſeqq.

9) *Io. Gottfr.* SIEBER Diſſ. I. et II. de argentariis. Lipſiae 1737. et 39. HUBERT Diſſ. I. et II. de argentariis veterum in OELRICHS *Theſſ. Diſſert. Belgicar. Vol. II.* T. I. n. 1. et 2.

10) CUJACIUS Obſervat. lib. X. cap. 14. ſagt: NUMMULARII, COACTORES, COLLECTARII *minores argentarii ſunt, aut maiorum*

rii, coactores) die unter Händen habenden Rechnungsbücher einem jeden zur Einſicht vorlegen ſollen, der vermittelſt Eides erhärten wird, daß ihm daran gelegen ſey, dieſelben einzuſehen [11]). Derjenige, welcher die Edition verlangte, bediente ſich einer bloßen Imploration, (poſtulatio pro tribunali facta) denn daß der Prätor eine beſondere actio in factum de edendo der bloßen Vorzeigung wegen gegeben, leſen wir nirgends, wie auch ſchon **Jakob Voorda** [12]) bemerkt hat; wenn hingegen der Implorat dem Befehl des Prätors dolo oder culpa lata keine Folge leiſtete, ſo hatte gegen denſelben eine actio in factum ſtatt, welche der Kläger auf Erſetzung alles Intereſſe richten konnte, das nämlich derſelbe zu der Zeit gehabt hat, als der Prätor die Edition decretirte. Denn auf das jetzige Intereſſe wird nicht geſehen, es mag ſich dermalen vermehrt oder vermindert haben [13]). Dieſe Klage dauert nur

iorum miniſtri et mercenarii. Per eos namque pecunias cogunt, et, quas coegere, erogant per partes, permutatione, foenore vel qua alia ratione. Man vergleiche hiermit *L. 9. §. 2. D. h. t.* POTHIER in Pandect. Iuſtin. h. t. Art. III. Nr. XX. Not. f. nennt ſie *Des Agents de change.*

11) *L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. h. t.*

12) Interpretat. et Emendat. iuris Rom. (*Traiecti ad Rhen.* 1768. 8.) Lib. III. cap. 8.

13) *L. 8. §. 1. D. h. t.* Is autem, qui in hoc Edictum incidit, id praeſtat, QUOD INTERFUIT MEA, rationes edi, CUM DECERNERETUR A PRAETORE: non quod hodie intereſt; et ideo licet intereſſe deſiit, vel minoris vel pluris intereſſe coepit, locum actio non habebit, neque augmentum neque deminutionem. Die Leſeart dieſer letztern Worte iſt ſtreitig. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 8. will das Wort locum weggeſtrichen

nur ein Jahr, und findet nicht gegen den Erben ſtatt, auſſer in ſofern derſelbe aus ſeiner eigenen Handlung belangt wird [14]), z. E. er hat die Rechnungen ſeines Erblaſſers in Händen, und weigert ſich ſolche vorzuzeigen, oder er hat ſelbige aus Gefährde zu beſitzen aufgehört [15]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch wird die actio in factum de edendo einem jeden geſtattet, welchem aus einer gerechten und wahrſcheinlichen Urſache daran gelegen iſt, Documente, oder Rechnungen einzuſehen, welche ein anderer beſitzt, und ſelbige in Güte zu ediren ſich weigert, und wird darauf gerichtet, den Beklagten zur Edition der geklagten Urkunde, und im Verweigerungsfall zur Erſetzung des Schadens oder auch alles Intereſſe anzuhalten [16]). Sie wird alſo nicht nur gegen Banquiers auf Vorlegung ihrer Rechnungsbücher, ſondern auch gegen Notarien, Archivarien,

ſtrichen wiſſen, und ſo leſen: *actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.* Hingegen BACHOVIUS Part. I. Pandect. ad L. 6. §. 4. h. t. lieſet ohne Negation: *locum actio habebit neque ad augmentum neque ad deminutionem.* Allein VOORDA a. a. O. pag. 271. verwirft beyde Leſearten, und will mit Hülfe der Baſiliken Lib. VII. Tit. XVIII. cap. 8. den Text folgendermaßen emendiren: *locum actionem habere; et neque augmentum, neque deminutionem.* Was übrigens das Intereſſe involvirt, auf deſſen Erſtattung die actio in factum gerichtet wird, lehrt *L.* 10. *§.* 3. *D. h. t.* über welche Stelle vorzüglich *Ant.* SCHULTING in Enarrat. ad h. t. §. 18. und POTHIER in Pandect. Iuſtinian. h. t. Art. III. §. VI. nr. XXXI. Not. b. ſqq. verdienen nachgeſehen zu werden.

14) *L.* 13. *D. h. t.*

15) POTHIER a. a. O. nr. XXXII. not. g.

16) Schmidts Commentar 5. Bgnd §. 1354. ff.

rien, Secretarien [17]) und andere Perſonen [18]) angeſtellt, welche gewiſſe in Händen habende Urkunden nicht vorzeigen wollen, an deren Einſicht dem Kläger gelegen iſt. Es ſetzt jedoch dieſe Klage jederzeit voraus, daß dem Kläger kein anderes Rechtsmittel zuſtehe, wodurch er zu ſeinem Zweck gelangen kann. Geſetzt alſo, er könnte die Edition der verlangten Urkunden ſchon vermittelſt der Klage aus dem Contract oder Quaſicontract erlangen, welcher zwiſchen ihm und dem Beklagten vorgegangen iſt, ſo findet die gegenwärtige Klage nicht ſtatt. So können wir z. B. von einem Verwalter unſerer Geſchäfte mit der actione mandati oder negotiorum geſtorum, von einem Socius mit der actione pro ſocio, und von einem Vormunde mit der actione tutelae die Edition der in Händen habenden Rechnungen und darauf ſich beziehenden Belege und Urkunden fordern [19]). Wird blos auf Edition, oder nur auf die Erſetzung des Schadens geklagt, ſo dauert die Klage heut zu Tage 30 Jahre; wird aber mittelſt derſelben alles Intereſſe gefordert, ſo dauert ſie nur ein Jahr [20]).

17) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 33.

18) Z. E. die Erben eines verſtorbenen Ehemanns verlangen Edition der Ehepacten, welche derſelbe mit ſeiner nachgelaſſenen Wittwe errichtet hat, um daraus zu erſehen, was ihr der Verſtorbene darinn verwilliget hat.

19) *L. 9. pr. D. h. t.*

20) Schmidt in dem angef. Commentar V. Band §. 1358. S. 243. LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 36.

Lib.

Lib. II. Tit. XIV.

De pactis.

§. 287.

Zuſammenhang dieſes Titels mit den vorhergehenden. Edict des Prätors von Verträgen, und Verhältniß deſſelben zu dem Zwölftafelgeſetz. Beſtimmung des eigentlichen Begrifs einer Convention oder Vertrags.

Warum die Verfaſſer unſerer Pandecten die Lehre von Verträgen beym Proceß abgehandelt haben, davon läßt ſich mit Wahrſcheinlichkeit folgender Grund angeben. Nach der Edition der Klage kam es nicht immer gleich zur Litiscouteſtation. Denn ſo lange wenigſtens die in ius vocatio privata bey den Römern üblich war, war ſelten der Beklagte, wenn er zumahl ganz unvermuthet vor Gericht gefordert worden, vorbereitet genug, um ſich auf die Klage einlaſſen, und gegen dieſelbe gehörig vertheidigen zu können. Der Beklagte konnte alſo um eine Bedenkzeit bitten, um bey ſich reiflich zu überlegen, ob er mit dem Kläger ſich in Streit einlaſſen, oder nachgeben wolle [21]). Die edirte Klage ward hierauf den Gerichtsacten einverleibt, und die Partheyen auf einen beſtimmten Termin wieder vor Gericht zu erſcheinen vorbeſchieden, zu deſſen Verſicherung der Kläger von dem Beklagten Bürgen (vades) for-

21) S. meine Abhandl. de ordine iudicior. privator. apud Rom. §. 12. (*Opuſcul.* Faſc. II. pag. 332.

fordern konnte [22]). Da geſchahe es nun oft, daß es unter den Partheyen zu einem Vertrag oder Vergleich kam, wodurch der ganze Streit beygelegt wurde [23]). Schon die zwölf Tafelgeſetze erklärten einen ſolchen Vertrag, der unter ſtreitenden Theilen, um einen Proceß zu ſchlichten, eingegangen worden, für gültig und verbindlich [24]). Die Wirkung eines ſolchen Vergleichs war, daß er nicht nur den Beklagten von der in ius vocatio und den Folgen des Ungehorſams befreiete, wie **Cajus** [25]) und **Ulpian** [26]) lehren; ſondern er hob auch, als ein in den Geſetzen beſtätigter Vertrag, die Klage ipſo iure auf, ohne daß der Beklagte nöthig hatte, die exceptionem pacti erſt vor Ge-

22) SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 20. SICCAMA de iudicio centumvir. Lib. II. cap. 1. *van* HEES Diſſ. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigator. ante L. C. fiebant. Cap. III. §. 43.

23) *van* HEES a. a. O. Cap. IV. §. 45.

24) Nach GOTHOFREDUS in quatuor fontibus iuris civ. heißt es: Tab. I. ENDO VIA REM, UTI PAICUNT, ORATO; das iſt, wie ſich die Partheyen auf dem Wege zum Tribunal des Magiſtrats mit einander vergleichen, das ſoll gültig ſeyn. NI ITA PAICUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSAM CONSCITO; d. i. wenn aber ein ſolcher Vergleich nicht zu Stande gekommen, ſo ſoll die Sache vor Gericht im Proceß verhandelt werden. Ueber die Leſeart und den Sinn dieſer Worte vergleiche man die Ausleger der Zwölftafelgeſetze beſonders Mr. BOUCHAUD Commentaire ſur la loi des douze Tables. Paris 1787.

25) *L. 22. §. 1. D. de in ius voc.*

26) *L. 2. pr. D. Si quis cautionib.* Ueber dieſe Stelle vergleiche man meine Opuſcula. Faſc. II. pag. 342. Not. 92. und dieſen Commentar. Th. III. §. 260. Not. 6. S. 465.

Gericht anzuführen. Die nämliche Wirkung legen die zwölf Tafelgeſetze namentlich demjenigen Vertrage bey, welcher wegen eines begangenen Diebſtahls oder wegen zugefügter Injurien eingegangen worden [27]), worauf **Paulus** [28]) anſpielt, wenn er ſagt: *Quaedam actiones per pactum ipſo iure tolluntur, ut injuriarum item furti.* Alle dieſe pacta hatten die Befreiung von der Klage zur Abſicht. Ob aber die zwölf Tafelgeſetze hiermit alle und jede pacta de non petendo für verbindlich erklärt, iſt zweifelhaft. Es muß wenigſtens ſeine gute Urſache gehabt haben, warum der Prätor in ſeinem Edict zu verordnen für nöthig fand, daß er alle Verträge, die ohne Betrug, auch nicht wider die Geſetze noch zur Hintergehung derſelben geſchloſſen worden, aufrecht erhalten wolle [29]). Daß dieſes

27) Von dem pacto, ne de furto agatur, heißt es Tab. II. nach Godefroi: SI PRO FURE DAMNUM DECISUM ESCIT, FURTI NE ADORATO. Der Ausdruck *pro fure damnum decidere* bedeutet in der Sprache der XII. Tafelgeſetze nichts anders als de furto paciſci, wie *Io. Car. van* WACHENDORF in Diſſ. de pactis nudis. Cap. II. §. 5. (in *Diſſertation. Triade. Traj. ad Rhen.* 1730.) pag. 464. gezeigt hat. *Adorare* aber hieß bey den Alten ſoviel als agere. Von dem pacto, ne de iniuria agatur redet Tab. VII. SI MEMBRUM RUPSIT, NI CUM EO PAICIT, TALIO ESTO.

28) *L.* 17. §. 1. *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

29) In der *L.* 7. §. 7. *D. h. t.* lauten die Worte dieſes Edicts folgendermaſſen: *Pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque adverſus Leges, Plebiscita, Senatusconſulta, Edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, ſeruabo.* Am beſten haben dieſes Edict erläutert *Ge. Conr.* CRUSIUS in Diſſ. ex Ulpiani libro IV. ad Edictum de pactis et conventionibus (*Theſ. Otton.* Tom. I. pag. 672. g.) *Ger.* NOODT ad Edictum prae-

ſes Edict, ſo allgemein auch deſſelben Worte gefaßt ſind, dennoch führnehmlich von pactis nudis de non petendo oder liberatoriis zu verſtehen ſey, und daß die Abſicht des Prätors dahin gehe, aus einem ſolchen Vertrage dem Beklagten eine Exception [30]) zu ertheilen, wodurch die angeſtellte Klage und der Proceß ſogleich im erſteren Keim erſtickt wird, darin ſind die Ausleger deſſelben ziemlich einverſtanden [31]). Sowohl die Ordnung dieſes Edicts als die Fragmente der römiſchen Ausleger über daſſelbe beweiſen dieſes deutlich. **Salvius Julianus** wieß demſelben ſeinen Platz zwiſchen den Titeln de edendo und de in ius vocando an, gewiß aus keinem andern Grunde, als weil ein ſolches pactum de non petendo die angeſtellte Klage aufhob; und **Ulpian** bemerkt unmittelbar darauf, nachdem er die Worte des Edicts angeführt hatte, daß es zweierley Arten von pactis de non petendo gebe, real Verträge (*pacta in rem*), wenn ich überhaupt verſpreche, daß ich die Schuld nicht fordern wolle, und perſönliche Ver-

praetoris de pactis et transactionibus lib. ſing. (*Oper.* Tom. I. pag. 481. edit. *Lugd. Bat.* 1735.) und *Io. Car. van* WACHENDORF cit. loc. Cap. II. §. 11. pag. 533. ſqq.

30) Nur dieſe Wirkung der Einrede druckt das von dem Prätor gebrauchte Wort *ſervare* aus, wie auch ſchon *Io. Frid.* BOECKELMANN in Exercit. ad Pandect. h. t. Diſp. XI. §. 2. bemerkt hat.

31) Vergl. *M. Aurel.* GALVANUS de Uſufructu. Cap. XVI. nr. XII. pag. 159. (*Edit. Tubing.* 1788. 4.) *Ger.* NOODT cit. libr. ſing. Cap. VI. *Ge. Conr.* CRUSIUS cit. Diſſertat. §. 2. et 3. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digeſtor h. t. §. 1. et. 15. und vorzüglich *van* WACHENDORF cit. loc. pag. 547.

Verträge (*pacta in perſonam*) wenn es heißt, ich wolle die Schuld nur von dieſer Perſon, z. B. von Lucius Titius nicht fordern [32]). Ja alle Beyſpiele, welche derſelbe hernach zur Erläuterung des Edicts anführt, reden von pactis de non petendo, z. B. wenn ich mir von Jemand verſprechen laſſe, daß er die actionem iudicati nicht gegen mich anſtellen, oder mich nicht wegen der Anzündung ſeines Hauſes belangen, oder keine actionem depoſiti wider mich anſtellen wolle, u. d. m. [33]). Doch hierüber iſt auch eigentlich kein Streit, ſondern nur darüber iſt man noch nicht einig, was eigentlich der Prätor in ſeinem Edict neues verordnet habe? Solches mit Galvanus [34]) für eine bloße Beſtätigung der oben angeführten Decemviral-Sanction zu halten, trage ich darum Bedenken, weil eine prätoriſche Exception da ſchlechterdings unnöthig war, wo das pactum ſchon ipſo jure die Klage zernichtete. Gerhard Noodt [35]) hat dieſes zwar auch nach ſeinem bekannten Scharfſinn richtig beobachtet, allein wenn er das Verhältniß des prätoriſchen Edicts de pactis zu jenem Zwölftafelgeſetz dahin beſtimmt, daß letzteres nur pacta de non petendo, ſolemnibus verbis facta, der Prätor hingegen alle und jede pacta de non petendo, wenn ſie auch ohne ſolenne Worte eingegangen ſeyn ſollten, für verbindlich erklärt habe; ſo beruhet dieſer Unterſchied, deucht mir, auf einer ganz unerweißlichen Hypotheſe, da in den angeführten Fragmenten der Zwölftafelgeſetze der feyerlichen Worte nirgends gedacht wird. Richtiger würde alſo wohl der wahre Unter-

32) *L.* 7. §. 8. *D. h. t.*

33) *L.* 7. §. 13. 14. *et* 15. *D. h. t.*

34) a. a. O. nr. XIII.

35) cit. libr. Cap. 1. et 6.

Unterſchied zwiſchen der Verordnung des Zwölftafelgeſetzes und dem prätoriſchen Edict de pactis dahin zu beſtimmen ſeyn, daß erſtere nur in einigen beſondern Fällen das pactum de non petendo für verbindlich erklärt, und zwar mit der Wirkung, daß dadurch die Klage ipſo iure aufgehoben wird, letzteres hingegen allen und jeden pactis dieſer Art die Wirkung beylegt, daß der Beklagte ſich deshalb gegen die Klage mit einer prätoriſchen Exception ſchützen kann [36]). Daß indeſſen der Prätor die affirmativen Verträge aus ſeinem Edict nicht habe ausſchließen wollen, ſondern auch aus dieſen eine exceptionem pacti oder doli gegeben habe, erhellet aus den Beyſpielen, die wir in den Geſetzen dieſes Titels hin und wieder finden [37]). Es iſt auch unſtreitig, daß der Prätor in dem nämlichen Edict eben ſowohl von Transacten als Verträgen, gehandelt habe [38]), wenn gleich die Verfaſſer der Pandecten beyde Materien in verſchiedenen Titeln abgehandelt haben.

Was

36) *van* WACHENDORF a. a. O. pag. 547. ſagt: *Praetor naturali aequitate motus iuris civilis ſupplendi gratia hoc Edicto caetera confirmavit pacta, quae iuri ſcripto vel non ſcripto eiusve ſententiae non eſſent contraria, ſine dubio ut actionem iuris civilis propter pacti fidem exceptione excluderet, non autem ut pactum nudum actione quadam tueretur; prius enim ſuadebat litium minuendarum utilitas, poſterius negabat illarum augendarum metus.*

37) *L.* 36. *L.* 40. §. 3. *L.* 45. *D. h. t.* FINESTRES in Hermogeniano p. 424.

38) *van* WACHENDORF cit. Diſſ. Cap. II. §. XI. pag. 539.

Was iſt nun aber ein **Vertrag** 39)? **Ulpian** 40) ſagt, die Uebereinſtimmung zweyer oder mehrerer Perſonen in dieſelbe Willensmeinung. Allein da dieſer Begriff zu allgemein zu ſeyn ſcheint, ſo wäre derſelbe deutlicher ſo zu beſtimmen: **Vertrag** iſt die wechſelſeitige Einwilligung zweyer oder mehrerer Perſonen in ein und eben daſſelbe Verſprechen, welche in der Abſicht, auf Seiten des einen eine vollkommene Verbindlichkeit zu einer Präſtation, auf

39) Die Lehre von Verträgen erläutern beſonders *Arn.* VINNIUS Tr. de pactis, welcher mit einigen andern Tractaten Utrecht 1722. u. 1748. 4. erſchienen. *Sam.* STRYK de cautelis contractuum. *Vitemb.* 1704. 4. *Io. Gottl.* LANGSDORF Tract. de pactis et contractibus Romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque ſyſtemate ex idiomate Rom. *Manhemii* 1772. 4. Ein teutſcher Auszug dieſer ſchönen Abhandlung mit vielen treflichen Bemerkungen des Herrn Prof. Hugo ſteht in des letztern Civiliſtiſchen Magazin 1. Bandes 4. Heft Nr. XVIII. *Io. Nic.* GROTIAN Specim. quo theoria pactorum et contractuum generatim ſumtorum explicatur et in ordinem redigitur. *Gieſſae* 1754. Juſt Claproths Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. u. 2. Theil. Göttingen 1786. 8. und Heinrich Gotth. Nißen Verſuch über die natürliche Verbindlichkeit der Verträge. Hamburg 1782. 8. Eine teutſche Ueberſetzung dieſes Titels der Pandecten mit kritiſchen Anmerkungen enthält die Sammlung der römiſchen Geſetze von J. P. F. Frankfurt und Leipzig 1785. 8.

40) *L.* 1. *§.* 2. *D. h. t.* Eſt autem PACTIO duorum pluriumve in idem placitum conſenſus. *Placitum* heißt hier id, in quo paciſcentes conveniunt, ſeu quod inter eos placuit. *L.* 1. §. 3. *D. de pignor.* *L.* 30. *D. de pact. dotal.* S. FINESTRES in Hermogeniano ad L. 45. D. h. t. §. 1. pag. 424.

auf Seiten des andern aber ein vollkommenes Recht auf dieſelbe zu begründen, erkläret worden iſt. Ein Vertrag erfordert alſo ſeinem Begriff nach zwey weſentliche Stücke.

1) Auf Seiten des einen Theils ein Verſprechen, das iſt, eine Erklärung, dem andern etwas zu leiſten, es beſtehe nun entweder darin, daß man ihm etwas geben, oder für ihn etwas thun, oder ihm dasjenige, was man mit vollkommenen Rechte von demſelben fordern konnte, erlaſſen, oder eine ſonſt erlaubte Handlung nicht vornehmen wolle.

2) Auf Seiten des andern Theils die Annehmung des Verſprechens. Denn wenn wir einem etwas verſprechen, ſo ſtehet es allemal noch in der freyen Willkühr deſſelben, ob er dieſes Verſprechen annehmen wolle, oder nicht. Nimmt er es nicht an, ſo kann er kein Recht aus demſelben erhalten, und unſer Verſprechen iſt unverbindlich. Nimmt er aber das Verſprechen an, ſo giebt er dadurch zu erkennen, daß er eben das wolle, was der Verſprechende will, nämlich die wirkliche Leiſtung des Verſprochenen. Dieſe Annehmung des Verſprechens muß alſo noch hinzukommen, um dem Vertrag ſein Weſen und Daſeyn zu geben, um auf Seiten des Verſprechenden vollkommene Verbindlichkeit, und auf Seiten des Annehmenden vollkommenes Recht zu begründen. In dieſem Zuſammenkommen des Verſprechens und der Annehmung deſſelben liegt die gegenſeitige freye Einwilligung beyder Theile, als die weſentliche Grundeigenſchaft eines jeden Vertrags. Ich muß hierbey noch folgendes bemerken.

a) Es iſt nicht gerade nothwendig, daß die Annehmung erſt nach dem Verſprechen und ausdrücklich geſchehen

ſey. Sie kann zuweilen auch ſchon zum voraus und ſtillſchweigend geſchehen, wenn das Verſprechen von dem andern Theile vorher gefordert worden iſt [41]). Es iſt demnach, wie auch Ulpian [42]) behauptet, ein gültiger Vertrag, wenn Titius mich um etwas angeſprochen, und ich ihm ſolches zugeſaget habe. Ja die Worte *rogavit* TITIUS, *ſpopondit* MAEVIUS, wenn ſie in einem Vertragsinſtrument vorkamen, bezeichneten bey den Römern ſogar eine Stipulation, wenn man nicht beweiſen konnte, daß ſie nicht in der Abſicht zu ſtipuliren, ſondern nur zu paciſciren beygefüget worden.

b) Daß auſſer dem Verſprechen und der Annehmung deſſelben auch noch die Einwilligung des Verſprechenden in dieſe Annehmung hinzukommen müſſe, iſt ebenfalls nicht erforder-

41) *Praecedens rogatio vim habere acceptationis intelligitur*, ſagt ſchon GROTIUS in iure belli ac pacis Lib. II. Cap. XI. §. 14.

42) *L. 7. § 12. D. h. t.* Quod fere noviſſima parte pactorum ita ſolet inſeri, ROGAVIT TITIUS, SPOPONDIT MAEVIUS: haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, ſed etiam ſtipulationis. Ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio: niſi contrarium ſpecialiter adprobetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed tantum paciſcentium. *Pacta* heißen hier ſcripturae, quae pacta et conventiones quaslibet continent, Vertragsinſtrumente, wie BYNCKERSHOEK ad L. 40. D. de reb. cred. cap. 5. in Opuſcul. Tom. I. pag. 22. bereits bemerkt hat. Die Worte *non tantum pactionis loco accipiuntur, ſed et ſtipulationis* hält NOODT de pactis Cap. 10. in fin. für eine Hyſterologie. Allein HUBER in Eunom. Rom. pag. 107. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 2. §. 1. pag. 8. und *Io. Bernh.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. Cap. V. §. 4. pag. 36. vertheidigen die gemeine Leseart.

forderlich. Denn der Verſprechende iſt durch ſein Verſprechen auf den Fall bereits vollkommen verbunden, wenn von der andern Seite die Annehmung hinzukommt. Es iſt folglich nach geſchehener Annehmung der Fall, daß der Verſprechende in dieſelbe nicht conſentiren könnte, nicht weiter möglich, mithin der Conſens in die Annehmung ſchlechterdings überflüſſig [43]).

§. 288.

Wer kann nicht paciſciren?

Verträge erfordern die freye Einwilligung der Paciſcenten, wer alſo die natürliche oder moraliſche Fähigkeit nicht hat, welche zur Erklärung einer verbindlichen Einwilligung erfordert wird, kann keinen gültigen Vertrag ſchließen. Unfähig zu paciſciren ſind alſo

1) Raſende und wahnſinnige Perſonen, weil ihnen der Gebrauch des Verſtandes, und mithin auch die Freyheit des Willens abgehet. Für dieſe ſchließt der Curator alle Geſchäfte. Haben ſie jedoch Zeitpuncte, in denen die Vernunft in ihre Rechte wieder eintritt, (dilucida intervalla) ſo können ſie in ſolchen Zwiſchenräumen gültige Verträge ſchließen [44]). Nur muß erforderlichen Falls

43) Anderer Meinung iſt zwar DARIES in ſeinen Inſtitut. iurisprud. univ. §. 414. u. 415. allein man ſehe Nißen über die natürl. Verbindlichkeit der Verträge §. 4. 5. u. 6.

44) *L. 2. Cod. de contrah. emt. vendit.* Intermiſſionis tempore furioſos, maiores viginti quinque annis, venditiones et alios quoslibet contractus poſſe facere, non ambigitur. THOMASIUS in Diſſ. de praeſumtione furoris atque dementiae. *Halae* 1719. §. 31. will zwar läugnen, daß es eigentliche dilucida intervalla gebe;

Falls erwieſen werden können, daß ſie bey Schließung des Vertrags ihres Verſtandes vollkommen mächtig geweſen, weil dilucida intervalla bey wirklich Verrückten nicht vermuthet werden [45]). Verſchiedene Rechtsgelehrte wollen dieſe Grundſätze auch auf die Zornigen anwenden, und deren Handlungen und Verträge für ungültig halten [46]). Allein eine ſolche allgemeine Regel enthalten die Geſetze

 nicht,

gebe; er nimmt nur Zeitpuncte an, in denen der Wahnſinn ſich minder heftig zeigt, und ſolche hätten ſich auch nur die alten römiſchen Juriſten gedacht. *L.* 14. *D. de offic. praeſ.* *L.* 22. §. 7. *D. ſol. matrim.* *L.* 20. §. 4. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* *L.* 18. §. 1. *D. de acquir. poſſeſſ.* Erſt Juſtinian habe die dilucida intervalla erfunden. *L.* 9. *C. qui teſtam. fac. poſſ.* und die neuern Rechtslehrer hätten ihm nachgebetet. Sonderbar! wie konnte ein Geſetzgeber ſo etwas erfinden? Daß auch die alten Rechtsgelehrten ſolche intervalla gekannt, beweiſen *L.* 14. *D. de offic. praeſ.* und *L.* 20. §. 4. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* deutlich, und deren Möglichkeit ſetzt die Erfahrung und das Zeugniß der Aerzte auſſer Zweifel. ZACHIAS Quaeſt. med. legal. Lib. II. Tit. I. qu. 21. Man ſehe hier vorzüglich Hrn. Hofr. Kleinſchrods ſyſt. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 105.

45) Ich habe hiervon in dem 2. Theil dieſes Commentars §. 117. S. 124 — 126 ausführlicher gehandelt.

46) *Iul. a* BEYMA in Commentar. in Titt. Pandect. de Verbor. Significat. et de div. Reg. iur. ad L. 48. D. de R. I. pag. 315. LAUTERBACH Diſſ. de ira §. 22. et 23. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. VI. Samml. S. 24. Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrſamkeit 1. Band 2. St. Nr. XII. S. 259. Claproths Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 6. S. 14. u. a. m.

nicht [47]), und die Erfahrung lehrt, daß der Zornige, auch bey dem heftigſten Affect, nicht wirklich verrückt ſey [48]). Kann alſo nicht deutlich nachgewieſen werden, daß wegen körperlicher Umſtände des Zornigen, oder ſonſt eintretender Nebenurſachen, derſelbe bey dieſen oder jenen Aeuſſerungen, ſeiner wirklich nicht bewuſt geweſen [49]); ſo läßt ſich bey den Handlungen und Verträgen des Zornigen an ſich keine Ungültigkeit annehmen [50]). Eben dieſes iſt von den Verträgen

47) Man beruft ſich zwar auf *L.* 48. *D. de Reg. iur.* wo geſagt wird: Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum eſt, quam ſi perſeverantia apparuit, iudicium animi fuiſſe: ideoque brevi reverſa uxor nec divertiſſe videtur. Allein ſchon PEREZ in Tr. de matrimonio Diſp. I. Sect. III. n. 12. hat bemerkt, daß dieſes Geſetz nur auf Eheſcheidungen gehe, welche bey den Römern auſſergerichtlich geſchehen konnten. Wenn nun ein Mann ſeine Ehefrau im Zorn verſtoßen, ſie aber bald hernach wieder zu ſich genommen hatte, ſo entſtand die Frage, ob dieſe Wiederaufnahme als eine neue Ehe anzuſehen, oder ob dieſelbe eine bloſe Fortſetzung der vorigen Ehe wirke? Auf dieſe Frage iſt die Regel dieſes Geſetzes einzuſchränken. Der Juriſt entſcheidet nun für die Fortdauer der Ehe. Ganz natürlich, weil keine wahre Eheſcheidung vorhanden iſt, wenn die Trennung nicht animo perpetuam conſtituendi diſſenſionem geſchehen, wie *L.* 3. *D. de divort.* ſagt, wo die Worte der *L.* 48. *D. de R. I.* noch einmal vorkommen. S. *Iac.* CUJACIUS in Praelect. in Tit. Dig. de div. Reg. iur. ad dict. L. 48. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandectar. eund. ad cit. L. pag. 230. und FORNERIUS Rer. quotidian. Lib. I. Cap. 8. in *Theſ. Otton.* Tom. II. p. 135.

48) Das Sprüchwort: *ira furor brevis eſt*, enthält nur eine moraliſche, aber keine rechtliche Wahrheit.

49) NETTELBLADT Elem. iurisprud. natur. §. 580.

50) Man ſehe hier vorzüglich Ernſt Chriſt. Weſtphals Grundſätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns

trägen einfältiger und melancholiſcher Perſonen zu behaupten, obwohl bey dieſen Vorſicht zu empfehlen iſt, weil Einfältige ſich leicht mit der Einrede des Betrugs und der liſtigen Ueberredung ſchützen können [51]; und bey letztern die Melancholie zuweilen einen ſolchen Grad erreicht haben kann, daß ſie der Seele Einſicht und Bewuſtſeyn raubt [52]. Eine körperliche Krankheit hindert übrigens die Gültigkeit der Verträge nicht [53]. Ja es kann ſogar ein Sterbender, ſofern er noch bey vollem Verſtande iſt, ſeine Einwilligung zu einem Vertrage gültig ertheilen [54], nur wird im Zweifel nicht vermuthet, daß ein Menſch im Todeskampf noch den vollen Gebrauch ſeiner Vernunft gehabt habe, weil ſolche Perſonen, die mit dem Tode ringen, gemeiniglich ihrer Sinnen und ihres Verſtandes nicht mehr mächtig ſind [55].

Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen. (Halle 1784. 4.) Kap. I.

51) *L. 1. pr. D. de dolo malo.* Vergl. den 2. Th. dieſes Commentars §. 117. S. 124.

52) ZACHIAS Quaeſt. med. legal. Lib. II. Tit. I. Qu. 9. STRYK Diſſ. de dementia et melancholia. Cap. IV.

53) *L. 27. Cod. de Transact.*

54) *L. 42. §. fin. D. de mort. cauſ. donat.*

55) *Chriſt.* WILDVOGEL Diſſ. de effatis agonizantium, praeſ. *Sam.* STRYK Cap. I. §. 9. Claproth in der angef. Rechtswiſſenſchaft 1. Th. §. 6. S. 13. Götz in den angef. Beyträgen zur pop. Rechtsgelehrſ. 1. Band S. 257. Anderer Meinung iſt jedoch CARPZOV in Iurisprud. for. P. III. Conſt. 5. def. 1. allein die in den *L.* 2. 10. *et* 12. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* *L.* 3. *C. eod.* und *L.* 15. *Cod. de teſtam.* enthaltene Verordnungen ſcheinen lediglich in der Begünſtigung der Teſtamente ihren Grund zu haben.

2) Höchſt betrunkene Perſonen ſind den Sinnloſen gleich zu achten [56]). Ein mit ſolchen eingegangener Vertrag iſt demnach ohne Wirkung. Trunkenheit in einem geringen Grade, die den Verſtand nicht ganz beſchränkt, noch das Bewuſtſein raubt, macht den in ſolchem Zuſtande geſchloſſenen Vertrag nicht ungültig. Wer übrigens aus dieſem Grunde einen Vertrag für ungültig erklärt wiſſen will, muß den Beweis ſeines Vorgebens übernehmen, weil Trunkenheit im Zweifel nicht vermuthet werden kann. Wenn nun gleich aus der Vielheit und der Stärke des Getränkes, ſo jemand zu ſich genommen, eine Wahrſcheinlichkeit, daß er betrunken geweſen ſey, entſtehet, ſo kann doch daraus allein, wenn nicht noch andere Umſtände hinzutreten, noch nicht immer eine ſolche Völlerey geſchloßen werden, die den Gebrauch des Verſtandes völlig geraubt hätte, es kann indeſſen der Paciſcent unter ſolchen Umſtänden, in Ermangelung anderer Beweißmittel, zur eidlichen Beſtärkung ſeines Angebens, daß er zur Zeit des geſchloſſenen Contracts ſeiner Trunkenheit wegen völlig ſinnlos geweſen, gelaſſen werden [57]).

3) Gerichtlich erklärte Verſchwender, denen die Obrigkeit die eigenmächtige Verwaltung ihrer Güter

56) *Can.* 7. *Cauſ. XV. qu.* 1. ſagt: Neſciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent. Add. *Can.* 5. *Diſt.* 36. *Can.* 3. *Diſt.* 35. *Cap.* 14. *X. de vita et honeſt. Clericor. Henr.* BODINUS in Diſſ. de iure circa ebrietatem. (*Halae* 1697. rec. 1705.) Cap. III. und *Guſtav. Ge.* BIERMANN Diſſ. de eo quod iuſtum eſt circa ebrium. (*Altorſii* 1742.) §. 10. ſqq. Add. STRYK de cautel. contractuum Sect. I. Cap. II. §. 12.

57) BODINUS in der angef. Diſſert. Cap. V. BIERMANN cit. Diſſ. §. 17.

ter unterſagt, und einen Curator an die Seite geſetzt hat, können nur blos über ihr Vermögen ohne Einwilligung ihres Curators nicht gültig paciſciren [58]). Denn ſie werden in Abſicht auf die Verwaltung ihrer Güter den Raſenden gleich geachtet [59]). Es entſtehet daher aus den Verträgen, die ſolche Perſonen ohne Zuziehung ihres Curators über ihr Vermögen geſchloſſen haben, nicht einmahl eine natürliche Verbindlichkeit, ſondern ſie ſind durchaus ungültig, wenn ſelbige auch mit einem Eide beſtätiget worden, dergeſtalt, daß nicht allein keine Klage wider den Verſchwender ſtatt findet, ſondern auch die etwa geſchehene Erfüllung ſeines unverbindlichen Verſprechens zurückgefordert werden kann [60]). Iſt ein Bürge dem Verſprechen einer ſolchen Perſon beygetreten, ſo iſt auch dieſer an ſich und aus ſeiner Interceſſion zu nichts gehalten, weil es widerſprechend ſeyn würde, ihm die Erfüllung einer Verbindlichkeit aufbürden zu wollen, welche nicht vorhanden iſt [61]).

58) *L.* 6. *D. de Verbor. Obligat.* Is, cui bonis interdictum eſt, tradere non poteſt, vel promittendo obligari; et ideo nec fideiuſſor pro eo intervenire poterit, ſicut nec pro furioſo. Add. *L* 3 *Cod de in integr. reſtitut. minor.* S. COCCEJI Ius Civ. Controv. h. t. Qu. 32.

59) *L.* 1. *D. de Curat. furioſ. L.* 12. *in fin. D. de tut. et curat. dat. L.* 40. *D. de Reg. iur.* S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 117. S. 127.

60) STRYK de caut. contract. Sect. I. Cap. II. §. 15. Claproths Rechtswiſſenſchaft von Eingehung der Verträge §. 9. S. 25.

61) *L.* 6. *cit. D. de Verb. obligat.* Zwar ſcheint *L.* 25. *D. de fideiuſſor.* entgegen zu ſeyn, in welcher es heißt: Si quis pro pupillo, ſine tutoris auctoritate obligato, *prodigove*, vel furioſo

Solche Verträge hingegen, welche blos ihre Perſon betreffen,

rioſo fideiuſſerit, magis eſt, *ut ei non ſubveniatur:* quoniam his mandati actio non competit. Allein man denke ſich den Fall, daß ein Bürge, welchem die wahre Beſchaffenheit der vorgegebenen Hauptſchuld nicht verborgen geweſen, die Interceſſion gerade zu dem Ende eingegangen hätte, um den Gläubiger wegen der Ungültigkeit des Hauptgeſchäfts zu ſichern; ſo wird man es nach dieſem Geſetz nicht unbillig finden, wenn alsdann der Bürge haften ſoll. Denn der Schuldner, deſſen Verbindlichkeit das Geſetz für unwirkſam erklärt, bleibt doch immer dabey gedeckt, weil der Bürge, welcher wußte, daß der Hauptſchuldner zu nichts gehalten ſey, auf keine Weiſe den Regreß gegen denſelben nehmen kann. Es wird folglich durch die Verurtheilung des Bürgen der Abſicht des Geſetzgebers in keinem Betracht zuwider gehandelt, vielmehr iſt anzunehmen, daß ein Bürge, welcher wiſſentlich dem Gläubiger dasjenige zu bezahlen verſprochen, was er den Rechten nach gar nicht zu fordern hat, nur ſeine Perſon hauptſächlich habe verbindlich machen, und gleichſam dem Gläubiger etwas ſchenken wollen. Dieß iſt, wie mich dünkt, der wahre Aufſchluß dieſer ſo ſehr beſtrittenen *L. 25. D. de fideiuſſor.* wie *Abrah.* WIELING in Praetermiſſis ad Labitti uſum indicis Pandectar. pag. 220. *Iurisprud. reſtitutae, Io. Ortw.* WESTENBERG de cauſis obligationum Diſſert. I. Cap. IV. §. 19. (*Oper. a* IUNGIO *editor.* T. I.) und Hr. Prof. Weber in der ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 3. Abtheil. IX. Abſchn. §. 113. gründlich gezeigt haben. Ich übergehe die verſchiedenen zum Theil ſehr erzwungenen Erklärungen und Emendationen anderer Rechtsgelehrten, und verweiſe auf CUJACIUS ad L. 6. D. de Verb. obl. DUARENUS ad eand. L. CONTIUS Lection. ſubſeciv. Lib. II. cap. 3. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 5. et 6. RAEVARDUS Varior. Lib. II. cap. 9. LEONINUS Emendat. Lib. I. cap. 19. LYCKLAMA *a* NYHOLT Membran. Lib. VI.

Eclog.

treffen, ſind gültig [62]); und daß Verſchwender auch, ohne Beyſeyn ihres Curators, ein ihnen gethanes Verſprechen zu ihrem Vortheil annehmen, und ihre Vermögensumſtände hierdurch verbeſſern können, leidet keinen Zweifel [63]).

4) Kinder unter ſieben Jahren können nach römiſchem Rechte nicht einmal ein vortheilhaftes Verſprechen gültig annehmen [64]), geſchweige ſich verbindlich machen [65]). Denn die Geſetze ſprechen Perſonen von ſolchem Alter faſt allen Verſtand ab [66]). Es findet zwar in Anſehung derſelben die beſondere ſehr günſtige Ausnahme ſtatt, daß

Eclog. 8. FORNERIUS Lib. III. Select. cap. 24. CONSTANTINAEUS Subtil. Enodat. Lib. I. cap. 1. (*Theſ. Otton.* T. IV.) CATHARINUS Obſervat. et Conject. lib. II. cap. 8. (*Theſ. Meerm.* T. VI.) NOODT Commentar. ad Tit. Dig. de minorib. §. *non minus elegans.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. 7. BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. V. cap. 20. REINOLDUS Varior. cap. 43. (*Opuſc.* pag. 234. ſqq.) et ad MERCERII Conciliator. Not. 76. pag. 47. ſqq. *Ev.* OTTO Praefat. ad Tom. IV. Theſ. Iur. Rom. pag. 20. IENSIUS Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 470. und *Bav.* VOORDA in Not. ad *Ian. a* COSTA Praelection. ad illuſtrior. quosd. titulos locaq. ſelect. iur. civ. (*Lugd. Bat.* 1773. 4.) pag. 317—322.

62) Claproth a. a. O. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 737.

63) *L. cit.* 6. *D. de Verb. Oblig. L.* 3. *D. de Novation. Sim. Pet.* GASSER Diſſ. de pactis claudicantibus. *Halae* 1735. §. 53. ſqq.

64) *L.* 70. *D. de Verb. Obl. L.* 26. *Cod. de Donation.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 16.

65) §. 10. *I. de inutil. ſtipulat.* VINNIUS in Comm. ad h. §.

66) *Cit* §. 10. *I.* quia huiusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum. Add. *L.* 1. §. 13. *D. de Obligat. et action.*

daß ſie von geſchenkten Sachen durch körperliche Apprehenſion unmittelbar ſelbſt Beſitz erwerben können [67]), wozu andere der Vernunft beraubte Perſonen nicht

67) *L. 3. Cod. de acquir. et retin. poſſeſſ.* Der K. Decius reſcribirt hierin an einen gewiſſen Rufinus folgendergeſtalt: Donatarum rerum a quacunque perſona infanti vacua poſſeſſio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim ſint auctorum ſententiae diſſentientes: tamen conſultius videtur interim, licet animi plenus non fuiſſet adfectus, poſſeſſionem per traditionem eſſe quaeſitam: alioquin (ſicuti conſultiſſimi viri PAPINIANI reſponſo continetur) nec quidem per tutorem poſſeſſio infanti poterit acquiri. Die meiſten Ausleger ſchränken dieſes Reſcript, und, wie ich glaube, mit Recht blos auf die Erwerbung des Beſitzes geſchenkter Sachen ein, und behaupten, daß es auſſerdem bey der Regel bleibe, nach welcher ein Kind für ſich allein, und ohne Auctorität des Vormundes, einen eigentlichen Beſitz im Sinne des Civilrechts nicht erwerben könne: weil es den dazu erforderlichen Willen, und die Abſicht, die Sache für ſich zu haben und zu behalten, nicht habe. *L. 1. §. 3. L. 32. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Die Ausnahme von dieſer Regel in dem beſondern Falle, wenn eine bewegliche Sache zum Geſchenk gegeben worden, drücke der Kaiſer durch das Wort *interim* aus, welches alſo hier ſo viel heiße, als in hoc ſpeciali caſu donationis. S. GALVANUS de Uſufructu Cap. XXXIII. §. 14. (pag. 489. *edit. Tubing.*) BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. II. P. II. Diſp. XXI. Th. III. lit. A. PEREZ ad Tit. Cod. de acquir. et ret. poſſeſſ. §. 9. STRYK de caut. contract. Sect. I. Cap. II. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 766. Not. b. Es fehlt indeſſen nicht an Rechtsgelehrten, welche dieſes Reſcript ausdehnend von einer jeden andern Beſitzergreifung verſtehen wollen; denn da es hierbey nur auf ein bloſes Factum ankomme, ſo könne ſolche nach Maasgabe dieſes Geſetzes von einem Kinde auch ohne Mitwirkung des Vormundes geſchehen. Unſer

nicht fähig ſind[68]); allein deßwegen iſt doch ein ihnen geſchehenes Verſprechen anders nicht verbindlich, als wenn ſolches von dem Vormunde, oder einer andern Perſon zum Beſten derſelben und in ihrem Namen acceptiret worden iſt[69]).

5) Un-

Unſer Verfaſſer ſcheint ſelbſt dieſer Meinung zu ſeyn, und eben dieſes haben auch COCCEJI in Iur. Civ. contr. h. t. Qu. XXX. Exc. I. und inſonderheit *Ang. Iac.* CUPERUS in Obſervat. ſelect. de natura poſſeſſionis. (*Lugd. Bat.* 1789.) P. II. Th. 24. zu behaupten geſucht. Sie ſagen, der Kaiſer gedenke der Schenkung nur darum, weil er gerade über einen ſolchen Fall befraget worden ſey. Daß aber das Reſcript darauf nicht einzuſchränken, beweiſe der aus Papinians Gutachten entlehnte Rechtsgrund, und auch in den Baſiliken Lib. L. Tit. 2. (*Theſ. Meermann.* Tom. VII. pag. 49.) ſtehe nichts von Schenkungen. Das Wort *interim* beziehe ſich alſo auf die Zeit der Kindheit, und den Zuſtand der Gemüthsfähigkeit. Allein man wird dieſer Meinung ſchwerlich Beyfall geben, wenn man Weſtphal im Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz, Eigenthum und Verjährung §. 121. geleſen hat. Vergleiche auch *Lud.* CHARONDAS Veriſimil. Lib. II. cap. 6. (*Theſ. Otton.* Tom. I. pag. 745.)

68) *L.* I. *§.* 3. *D. de acquir. vel. amitt. poſſeſſ.* S. auch den 2. Th. dieſes Commentars §. 179. S. 506.

69) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 993. Nach der *L.* 26. *C. de donat.* konnte auch ein Sklave des Kindes die Schenkung acceptiren. Claproth in der angeführten Rechtswiſſenſchaft §. 6. S. 11. behauptet zwar, daß heut zu Tage einem Kinde etwas, ſo zu ſeinem Vortheil gereicht, gültig verſprochen werden könne, wenn das Kind nur darinn gewilliget hat. Allein dieſem ſtehet entgegen, daß ein Kind, nach den in Teutſchland geltenden Geſetzen nicht gültig conſentiren kann, vielmehr demſelben der zur Erklärung einer gültigen Einwilligung erforderliche Verſtand abgeſprochen wird *§.* 10. *I. de inut. ſtip.*

5) Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können zwar durch Verträge Rechte erwerben, und ihren Zuſtand verbeſſern [70]), wenn ſie gleich der Kindheit näher als der Pubertät ſind [71]), allein in ſofern ſie ſich dadurch verpflichten wollen, ſind die Verträge derſelben nach dem Civilrecht anders nicht gültig, als wenn ſie mit Concurrenz und Einwilligung des Vormundes ſind geſchloßen worden [72]). Es fragt ſich aber, ob dem Unmündigen, der ohne Zuziehung des Vormundes paciſciret hat, nicht wenigſtens eine natürliche Verbindlichkeit obliege, dasjenige zu erfüllen, weßhalb die bürgerlichen Geſetze keine Klage wider denſelben geſtatten? Die Frage iſt unter den neuern Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig, und es ſcheint, daß ſelbſt die alten römiſchen Juriſten hierüber nicht mit einander einig geweſen, wie ſich aus den Stellen ergiebt, welche aus ihren Schriften in den Pandecten aufbehalten ſind. Denn **Neratius** [73]) läugnet ausdrücklich, daß ein Pupill, der ohne

70) §. 9. *I. de inutil. ſtipulat.* L. 28. *pr.* D. *h. t.* L. 9. *pr.* D. *de auctorit. et conſenſ. tutor.* L. 5. D. *de Reg. iur.*

71) §. 10. *I. de inutil. ſtipul. Sed in proximis infantiae* propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta eſt, *ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.*

72) *Princ. I. de auctorit. tutor.* L. 5. L. 9. D. *de auct. et conſ. tutor.* L. 43. D. *de Obligat. et act.* L. 1. *Cod. de inut. ſtipul.*

73) L. 41. D. *de condict. indeb.* Quod pupillus ſine tutoris auctoritate ſtipulanti promiſerit, ſolverit, repetitio eſt, *quia nec natura debet. Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 18. und Theſ. controvers. Decad. XLIV. §. 9. will in dieſer Stelle ſtatt *ſine tutoris auctoritate* mittelſt einer Gemination *SIne* d. i. *ſi ſine tutoris auctoritate* leſen; HALOANDER, und *Ant.*

ohne Auctorität ſeines Vormundes etwas verſprochen, hieraus nach dem natürlichen Rechte verbindlich werde, und meint daher, daß dasjenige, was derſelbe würklich ſchon bezahlet hat, zurückgefordert werden könne. Ja **Licinius Rufinus** 74) gehet ſo weit, daß er auch ſogar in dem Falle, da der Pupill Geld anlehnsweiſe aufgenommen, das Daſeyn einer natürlichen Verbindlichkeit verneinet. Allein **Ulpian** 75), **Marcian** 76), **Paulus** 77) und **Papinian** 78) lehren

Ant. FABER in Rational. ad h. L. wollen hingegen zwiſchen den Worten *promiſerit*, *ſolverit*, ein ET einſchalten. Allein daß hier keine Emendation nöthig ſey, zeigt *Corn. Ant. van* WACHENDORFF in Obſervat. ad Leges quasd. ex iure civ. (*Traj. ad Rhen.* 1756.) Cap. III. §. 2. in OELRICHS *Theſ. nov. Diſſertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 173.

74) *L.* 59. *D. de Obl. et Act.* Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali* obligatur.

75) *L.* 1. §. 1. *D. de Novat.* Qualiscunque obligatio ſit, quae praeceſſit, novari verbis poteſt, dummodo ſequens obligatio aut civiliter teneat, aut *naturaliter*, utputa *ſi pupillus ſine tutoris auctoritate promiſerit*.

76) *L.* 44. *D. de Solut.* In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione *duae obligationes* tollantur. Veluti ſi *pupillo, qui ſine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit*, legatum a creditore fuerit ſub ea conditione: ſi eam pecuniam numeraverit, in duas cauſas videri eum numeraſſe, et *in debitum ſuum*, ut in falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum conſequatur. Ferner: *L.* 64. *D. ad SCtum Trebell.* Si eius *pupilli*, cui *ſine tutoris auctoritate* pecunia credita erat, reſtituta ex eo Senatusconſulto mihi fuerit hereditas, ſi ſolvam creditori, non repetam; atqui heres, ſi poſt reſtitutionem ſolvat, repetet; non ob aliud, quam quod ab eo in me *naturalis obligatio* translata intelligitur. Man vergleiche über

lehren gerade das Gegentheil. Man hat ſich viele Mühe gegeben, dieſen Widerſpruch zu heben 79), allein vergeblich; daher

über dieſe letztere Stelle Weſtphals hermenevt. ſyſtemat. Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. 2. Th. §. 1708.

77) *L. 21. pr. D. ad Leg. Falcid.* Si pupillus, cui ſine tutore auctore decem mutuo data ſunt, legatum a creditore meruerit ſub hac conditione: Si decem, quae acceperit, heredi reddiderit; una numeratione et implet conditionem, et liberatur *naturali obligatione.* Adeo autem et *ſoluere* videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus erat, mortuo, *nihil repetere poſſit.* S. IENSII Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 325. ſq.

78) *L. 25. §. 1. D. Quando dies legator.* Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet. Si Sejus *pupillus ſine tutoris auctoritate* nummos accepiſſet, nec locupletior factus eſſet, et petitor ad praeſens debitum verba retulit: quia nihil eius debet, nullius momenti legatum erit. Quod ſi verbo *debiti naturalem obligationem* et futuram ſolutionem cogitavit, interim nihil erit, ſi Titius petet, quaſi tacite conditio inſerta ſit, non ſecus ac ſi dixiſſet: Titio dato, quod pupillus ſolverit. Ueber dieſe Stelle vergleiche Weſtphal im angeführt. Buche §. 889.

79) Die verſchiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten erzählen *Petrus Pentoja de* AJALA in Comm. in L. fin. Cod. de Aleator. (*Theſ Otton.* T. IV. col. 1074.) *Ge. D'*ARNAUD variar. Conject. Lib. II. cap. 22. *Io. Car. van* WACHENDORFF Diſſertation. Triade pag. 431. ſqq. und beſonders *Car. Frid. Guil* SCHMID in Diſſ. ſiſt. Leges quasd. potiores tituli Digeſtor. de negotiis geſtis expoſitas, praeſ. *Car. Chriſtph* HOFACKER def. *Tubingae* 1787. pag. 19. ſqq. Die beiden vorzüglichſten Meinungen ſind die Meinung des Martinus und die Meinung des Accurſius. Erſterer glaubt in ſeiner Gloſſe über L. 25. de Fidejuſſor. die angeführten verſchiedenen Geſetzſtellen dadurch zu vereinigen, wenn er diejenigen, in welchen dem Pupillen eine natür-

daher ich denjenigen beyzutreten kein Bedenken finde, welche behaupten, daß die obige Frage unter den verſchiedenen Secten der alten römiſchen Rechtsgelehrten wirklich contro-vers

natürliche Verbindlichkeit aufgelegt wird, blos von dem Falle erklärt, da der Pupill mit dem Schaden eines andern ſich reicher befindet. Dieſe Meinung vertheidigen CUJACIUS ad L. 25. §. 1. D. Quand. dies legator. und ad L. 127. D. de V. O. *Hub.* GIPHANIUS in Lectur. Altorfin. ad L. 46. D. de Obl. et Act. p. 630 ſqq. RITTERSHUSIUS in Comm. ad princ. I. de *auctorit. tutor.* p. 111. *de* AJALA c. l. und unter den neuern *Sac. Herm. ab* IDSINGA Diſp. de mutuo et vet. litterarum obligatione praeſ. *Abrah.* WIELING *Franequ.* 1736. hab. Cap. V. §. 7. (in OELRICHS *Theſ. nov. Diſſertat. Belgicar.* Vol. I. T. I. p. 159.) Allein ihr ſtehen die *L. 1. D. de Novat. L. 95. §. 2. D. de ſolut.* und *L. 25. §. 1. D. Quando dies legator.* offenbar entgegen, welche von der natürlichen Verbindlichkeit eines ſolchen Pupillen reden, der ſich nicht bereichert hat. Aus dieſem Grunde hat daher die Meinung des Accurſius mehreren Beyfall gefunden. Dieſer unterſcheidet zwiſchen Pupillen, welche der Kindheit und ſolchen, welche der Pubertät am nächſten ſind, und meint, daß letztere durch Verträge ſich naturaliter verpflichten könnten, erſtere aber nicht. Doch ſey dieſe natürliche Verbindlichkeit nur in ſofern von Wirkung, als es darauf ankommt, andern Perſonen deßhalb eine Verbindlichkeit aufzulegen. Die vornehmſten Anhänger dieſer Meinung ſind DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XII. cap. 22. p. 602. n. 60. und ad L. 127. D. de V. Obl. *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. in priores XIII. libros ex XX. Quaeſtion. Q. Cervidii Scaevolae. Tract. V. ad L. 127. D. de V. O. (*Theſ. Meermann.* T. II. pag. 444. ſqq.) WESTENBERG de cauſis obligationum Diſſertat. I. Cap. IV. §. 14—17. *Ge.* D'ARNAUD c. l. *van* WACHENDORFF c. l. SCHMID cit. Diſſ. u. a. m. Allein daß es auf dieſen Unterſchied auch nicht ankomme, beweißt *L. 25. D. de fideiuſſ.*

vers geweſen [80]). Beurtheilt man die Sache blos nach dem Recht der Vernunft, ſo kommt alles auf die individuellen Verſtandskräfte des paciscirenden Unmündigen an. Hat ſelbiger nun die erforderliche Einſicht von dem, was er unternimmt, ſo iſt kein hinreichender Grund vorhanden, dem Vertrage eines Pupillen ſeine Gültigkeit nach natürlichen Rechten abzuſprechen [81]). In dieſer Hinſicht haben unſtreitig diejenigen römiſchen Juriſten Recht [82]), welche behaupten, daß aus den Verträgen der Unmündigen, wenn ſie auch ohne Auctorität ihrer Vormünder eingegangen worden, eine natürliche Verbindlichkeit, das iſt, eine ſolche Verbindlichkeit entſtehe, welche das Naturrecht anerkennt.

80) *Em.* MERILLIUS Obſervat. Lib. VII. cap. 4. et 5. *Gottfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 14. pag. 195. ſqq. und *Car. Frid.* WALCH in Not. ad ECKHARDI *Hermeneut. iur.* Lib. I. cap. IV. §. 158. pag. 299. ſqq. Es will zwar D'ARNAUD a. a. O. pag. 363. einwenden, daß die oben angeführten Geſetzſtellen aus den Schriften ſolcher Rechtsgelehrten genommen worden, welche zu einer Zeit gelebt, wo die Secten aufgehört hätten. Allein daß Neratius ein vorzüglicher Anhänger der Proculianiſchen Secte geweſen, hat *Chriſt. Gottl.* RICHTER in Exercit. de Neratio Priſco ICto. *Lipſ.* 1788. Cap. V. gezeigt, und ſelbſt die Iureconſulti herciſcundi hielten es bald mit Proculus, bald mit Sabinus. S. MASCOV c. l. Cap. VIII.

81) S. SCHULTING Diſſ. de Obligatione naturali Cap. 10. GROTIUS de iure belli et pacis lib. II. cap. XI. §. 5. Glaſey Vernunft- und Völkerrecht S. 436.

82) Hierher gehört auch noch die Stelle des Cajus *L.* 1. §. 13. *D. de Obl. et Act.* Qui loqui poteſt, creditur et ſtipulari et *promittere recte poſſe.*

kennt [83]). Allein da die bürgerlichen Geſetze dem Unmündigen bey Schließung der Verträge keine gehörig überlegte Willenserklärung zutrauen, und daher die vollkommene Verbindlichkeit deſſelben von der Auctorität ſeines Vormundes abhängig machen; ſo entſtehet nun die Frage, was dieſer natürlichen Verbindlichkeit für eine Wirkung im Gericht beyzulegen ſey? Hier merke man ſich folgende Hauptſätze.

1) Den Pupillen ſelbſt kann für ſeine Perſon dieſe Verbindlichkeit auf keine Weiſe beläſtigen; ſondern in Abſicht auf dieſen haben die bürgerlichen Geſetze derſelben alle Wirkungen entzogen, in ſofern er ſelbſt in Anſpruch genommen wird. Es iſt dieſes nicht nur denjenigen Geſetzen der Pandecten gemäß, in welchen geſaget wird, daß dem Pupillen, der ohne Auctorität ſeines Vormundes etwas verſprochen, auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit obliege; denn da dieſe Verbindlichkeit in den bürgerlichen Gerichten nicht anerkannt wird, ſo iſt ſie freylich, in Abſicht auf den Pupillen, ſo gut, als gar keine [84]); ſondern

 eben

83) PAULUS in *L.* 84. *§.* 1. *D. de div. Reg. iuris* ſagt: Is *natura* debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus.

84) Juſtinian ſelbſt ſagt dieſes ganz deutlich in dem §. 3. *I. quib. mod. toll. obligat.* wenn es daſelbſt heißt: obligatio pupilli, a quo quis ſine tutoris auctoritate ſtipulatus fuerit, nulla eſt. Man vergleiche hier vorzüglich BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Diſp. VI. Theſ. V. Lit. B. pag. 233. VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XXVI. Tit. 8. §. 4. WESTENBERG de cauſis obligationum Diſſertat. I. Cap. IV. §. 15. HUBER in Praelect. ad Inſtitut. iur. civ. Lib. III. Tit. XX. §. 2. 3. et 4. und SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 18.

eben dieſes beſtätiget auch die Analogie neuerer Geſetze. Denn da auch ſogar ein Minderjähriger, der unter der Kuratel ſtehet, in Dingen, welche ſein Vermögen betreffen, ſich ohne Zuſtimmung des Vormundes keinesweges verbindlich machen kann, vielmehr nach deutlicher Vorſchrift der Geſetze eben ſo, als ein gerichtlich erklärter Verſchwender, behandelt werden ſoll, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliegt [85]); ſo muß dieſes noch vielmehr von den Verträgen der Unmündigen gelten, da es eine richtige Regel iſt, daß den Pupillen in dem Falle gar keine Verbindlichkeit treffen könne, in welchem der Minderjährige nur aus einem ſolchen Vertrage nicht verbindlich wird, den er über ſein Vermögen geſchloſſen hat [86]). Hieraus folgt alſo, daß nicht nur keine Klage wider einen ſolchen Unmündigen ſtatt findet, der ohne dem Vormund etwas verſprochen, ſondern ſogar dasjenige, was derſelbe zur Erfüllung ſeines unverbindlichen Verſprechens etwa ſchon gegeben hat, zurückgefordert werden kann [87]).

2) Wenn

85) *L. 3. Cod. de in int. reſtitut. minor.* — Cum non abſimilis ei habeatur minor, curatorem habens, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum eſt.

86) Vid. EMMINGHAUS in Not. ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 30. not. f. pag. 246.

87) *L. 9. I. de inutil. ſtipulat. L. 1. Cod. eod. L. 41. D. de condict. indeb.* Man ſieht hieraus, daß die Geſetze den Schluß von Zurechnung der Vergehungen auf Gültigkeit der Verträge bey Unmündigen billig nicht gelten laſſen. Denn wird der Pupill einer zu Schulden gebrachten Vergehung wegen geſtraft, ſo gereicht das zu ſeiner Beſſerung. Kommt er aber durch Verträge um ſein Vermögen, ſo fällt er dem Staate zur Laſt.

2) Wenn es hingegen bloß darauf ankommt, anderen Perſonen deshalb eine Verbindlichkeit aufzulegen, ſo haben die auch ohne des Vormunds Einwilligung eingegangenen Rechtsgeſchäfte der Unmündigen ihre völlige Wirkung [88]). Verträge, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit einem Pupillen eingegangen, ſind daher dergeſtalt gültig, daß von ſeiner Seite auf die Erfüllung des geſchloſſenen Handels gedrungen werden kann, wenn deſſelben Aufrechterhaltung ihm zum Vortheil gereicht. Es entſteht hieraus ein ſo genanntes hinkendes Geſchäft, welches nur auf Seiten des andern Theils, welcher mit dem Unmündigen contrahirt hat, nicht aber auf Seiten des letztern verbindlich iſt [89]). Auch der Bürge, welcher für das Verſprechen des Pupillen gut geſagt hat, kann deßhalb mit Recht in Anſpruch genommen werden, und hat an das Vermögen des Mündels keinen Regreß [90]). Sogar bey dem

88) S. Hrn. Geh. Trib. Rath Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 734. und *Io. Chriſt.* BRANDENBURG Commentat. expon. differentias iur. Rom. inter pupillos et minores tutores ac curatores. (*Hanov.* 1793. 8.) §. 23.

89) *Princ. Inſtit. de auctoritate tutor.* Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam ſine tutoris auctoritate: deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris auctoritate. Unde in his cauſis, ex quibus obligationes mutuae naſcuntur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depoſitis, ſi tutoris auctoritas non interveniat, *ipſi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur*, at invicem pupilli non obligantur. — *L.* 13. *§.* 29. *D. de action. Emti Vend.* Si quis a pupillo ſine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere conſtat contractus. *Nam, qui emit, obligatus eſt pupillo, pupillum ſibi non obligat.*

90) *L.* 35. *D. de Recept. L.* 42. *pr. D. de iurejur. L.* 127. *D. de Verb. Obligat. L.* 25. *D. de fidejuſſor.*

Erben des Pupillen iſt die natürliche Verbindlichkeit deſſelben nicht ohne Wirkung. Dahin gehört, daß derſelbe, wenn er die ohne Auctorität des Vormunds contrahirte Schuld ſeines unmündigen Erblaſſers einmahl bezahlt hat, das Bezahlte nicht wieder zurückfordern kann [91]); derjenige hingegen, welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hat, wenn er in der Folge deſſelben Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des Falcidiſchen Viertels ſich auszugleichen hat, ſeine ganze Forderung, mithin nicht bloß dasjenige, wodurch der Pupill reicher geworden, in Anrechnung zu bringen befugt iſt [92]). Daß auch die Schuld des Pupillen eine Novation zulaſſe, verordnen die Geſetze deutlich [93]). Endlich

3) iſt es zwar auſſer Zweifel, daß ein Unmündiger aus ſeinen ohne vormundſchaftlicher Auctorität geſchloſſenen Contracten in dem Fall vollkommen verbindlich werde, da der Gläubiger beweiſen kann, daß der Pupill durch den geſchloſſenen Handel reicher geworden [94]), weil es ſchon in der natürlichen Billigkeit gegründet iſt, daß ſich niemand mit des andern Schaden bereichere [95]). Allein eben ſo gewiß iſt es auch, daß dieſe Verbindlichkeit keine bloß natürliche, ſondern eine durch die bürgerlichen Geſetze beſtätigte Verbindlichkeit ſey, weßhalb nach der Verordnung des

Kaiſer

91) *L. 64. pr. D. ad SCtum Trebell.*

92) *L. 95. §. 2. D. de Solut.*

93) *L. 1. §. 1. L. 9. D. de Novat.*

94) *L. 5. §. 1. D. de auct. tutor. L. 13. §. 1. D. de condict. indeb. L. 9. et 10. D. de inſtit. act. L. 3. pr. D. commodati. L. 1. §. 15. D. depoſiti.*

95) *L. 14. D. de condict. indeb.*

Kaiſer **Antoninus Pius** eine actio utilis gegen den Unmündigen ſtatt findet [96]).

Soviel endlich 6) die Verträge der Minderjährigen anbetrift, ſo iſt nach dem römiſchen Rechte in Abſicht auf die Gültigkeit derſelben ein Unterſchied zwiſchen Minderjährigen, die keinen Vormund haben, und ſolchen, welche damit verſehen ſind. Ein Minderjähriger bekam nämlich nach dem Römiſchen Rechte bekanntermaſſen wider ſeinen Willen keinen Curator, ſondern nur alsdann, wenn er ſelbſt darum anhielt [97]); hatte er aber einmahl einen Cura-

96) *L. 5. pr. D. de auct. tutor. L. 3. pr. D. Commodati.* S. *Ant.* SCHULTING in Diſſ. de naturali obligatione. Cap. X. (inter EIUSDEM *Commentat. academ. Halae* 1770. 8. edit. Diſſert. I. pag. 28.) Uebrigens haben von dieſer Controvers über die natürliche Verbindlichkeit der Pupillen beſonders COCCEJI in Iur. Civ. controv. h. t. Qu. XXX. Hr. Prof. Weber in der ſyſtem. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 2. Abth. §. 71. S. 265. ff. und *Io. Frid. de* MEYER in Comment. de eo, quod intereſt inter tutelam et curam aetatis, nec non inter impuberes et minores iure Rom. ac Germ. *Goett.* 1792. §. 19. gehandelt.

97) *L. 13. §. 2. D. de tut. et curat. dat. L. 2. §. 4. et 5. D. qui pet. tutor. L. 43. §. 3. D. de procurat.* und beſonders §. 2. *I. de Curator.* Verſchiedene Rechtsgelehrte wollen zwar das Gegentheil behaupten, und glauben, ein Minderjähriger habe müſſen um einen Curator bitten, als *Franc. de* AMAYA Lib. I. Obſervat. cap. 8. n. 15. *Ant.* SCHULTING ad Ulpiani fragmenta Tit. XII. §. 4. Not. 11. in *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 606. HEINECCIUS in Antiquit. Rom. iurisprud. illuſtrant. Syntagm. Lib. I. Tit. XXIII. §. 8. et 9. *Ge. Conr.* CRUSIUS in Diſſ. ad conſtitutionem D. Marci de curatoribus minorum (in FELLENBERG *jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 575.) SCHROE-DER

Curator bekommen, ſo ſtand es ihm nicht frey, denſelben nach Gutbefinden wieder abzudanken, ſondern er mußte ihn

der Obſervat. iur. civ. pag. 28. u. a. m. Allein man ſehe dagegen VINNIUS in Comment. ad §. 2. I. de Curator. HUBER in Digreſſion. Iuſtinian. Lib. III. cap. 15. 16. et 17. *Guil. de* HERTOGHE Diſſ. Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans ſ. Exercit. acad. ad §. 2. I. de Curator. contra *Iac.* RAEVARDUM, ſub praeſ. *Chriſt.* WILDVOGEL hab. *Ienae* 1720. (*Opuſcul. iurid.* a *Io.* WUNDERLICH edit. *Hamburgi* 1768. 8. Nr. 1.) *Io. Th.* SEGER Diſſ. brev. curarum hiſtoriam tract. *Lipſ.* 1763. §. 10. ſqq. (*Opuſcul.* ab Ill. KLÜBER edit. p. 122. ſqq.) Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 226. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 700. BRANDENBURG in Comm. expon. differentias I. R. inter pupillos et minores, tutor. ac curatores §. 14. et 15. und beſonders *Io. Frid. de* MEYER in Commentat. cit. de eo quod intereſt inter tutelam et curam aetatis nec non inter impub. et minores §. 14—18. Daß es indeſſen Fälle gegeben, wo ein Minderjähriger bey den Römern einen Curator haben mußte, iſt nicht zu läugnen, und die mancherley Hinderniſſe, welche ſich einer ſolchen Perſon bey Verwaltung ihres Vermögens in Weg legten, und ſelbige öfters nöthigten, deßhalb die Obrigkeit anzugehen, mochten Urſache ſeyn, weßhalb die meiſten Minderjährigen um beſtändige Curatoren gebeten haben. Hieraus erklärt ſich, wenn Ulpian *L.* 1. §. *ult. D. de minorib.* ſagt: Hodie in aetatem usque viginti quinque annorum adoleſcentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei ſuae adminiſtratio eis committi debebit, quamvis bene rem ſuam gerentibus. Daß es aber deſſen ungeachtet noch immer viel Minderjährige gegeben haben müſſe, die ſich keinen Curator beſtellen laſſen, beweiſen die von ſolchen Minderjährigen in den Geſetzen vorkommende Beyſpiele. *L.* 7. §. 2. *D. de Minor. L.* 1. *C. in quib. cauſ. in int. reſtitut. L.* 1. *C. qui pet. tut. L.* 3. *C. de in int. reſt. minor. L.* 3. §. 2. *D. ad SCt. Maced.*

ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten 98). Derjenige Minderjährige nun, welcher keinen Vormund hat, kann nach römiſchen Geſetzen, ſeines minorennen Alters ungeachtet, in der Regel über das Seinige frey diſponiren, und durch rechtliche Handlungen ſich ſowohl als andere verbinlich machen, und nur, wenn er eine nicht ganz unbeträchtliche Verletzung erweiſen kann, geſtatten ihm die Geſetze, eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu ſuchen 99). Daß alſo die von ſolchen Minderjährigen eingegangene Verträge an ſich gültig ſind, iſt nach römiſchen Rechte keinem Zweifel unterworfen 100). Nur die Veräuſſerung und Verpfändung unbeweglicher Güter iſt ihnen ohne Einwilligung der Obrigkeit nicht erlaubt 1). Denn in Abſicht auf dieſen Punct ſollen nach einer gewiſſen Verordnung des Kr. Juſtinians alle Minderjährige gleiche Rechte haben 2). Stehet hingegen ein Minderjähriger unter der Curatel;

98) Ulpian bemerkt in der *L. 3. pr. D. de minorib.* daß die Kaiſer nur ſehr ſelten einem Minderjährigen veniam aetatis ertheilt hätten. S. VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 4.

99) *L. 3. Cod. de in int. reſtit. minor.*

100) *L. 7. §. 1. L. 11. §. fin. D. de Minorib. L. 3. §. 2. D. ad SCtum Macedon. L. 36. D. de noxal. act.* Vid. COCCEJI in iure civ. contr. h. t. Qu. 31. *de* MEYER cit. Commentat. §. 21. BRANDENBURG Comment. alleg. §. 24.

1) *De* MEYER c. l. Höpfner c. l. §. 227. S. 210. lit. c.

2) *L. 3. Cod. de his, qui ven. aetat. impetrav.* — In quarum (ſc. *rerum immobilium*) alienatione vel hypotheca decretum illis neceſſarium eſt, qui necdum veniam aetatis meruerunt: *ut ſimilis ſit in ea parte conditio* MINORUM OMNIUM, *ſive petita ſit, ſive non, aetatis venia.*

ſo kann er zwar ſolche Verträge, die bloß ſeine Perſon betreffen, oder wodurch er ſich nur zur Leiſtung eines perſönlichen Factums verpflichtet, ohne ſeines Curators Einwilligung gültig eingehen; z. B. eine Ehe ſchlieſſen [3]), ſeine Dienſte um einen Lohn vermiethen, einen Auftrag zur Beſorgung fremder Geſchäfte übernehmen, u. d. [4]) weil ein Curator nach römiſchem Rechte nicht, wie der Tutor, zur Erziehung und Aufſicht über die Perſon, ſondern hauptſächlich zur Adminiſtration des Vermögens beſtellet wird [5]). Allein ob ein ſolcher Minderjähriger, welcher einen Vormund hat, ſich auch in Sachen, welche ſein Vermögen betreffen, ohne jenes Einwilligung verbindlich machen könne, und ob daher die von demſelben über ſein Vermögen eingegangene Verträge nach römiſchen Rechte, auch ohne vormundſchaftliche Genehmigung für gültig zu halten? iſt eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten noch nicht einverſtanden ſind. Viele, denen auch unſer Verfaſſer beyſtimmt, ſind der Meinung, daß ſolche Verträge an ſich nicht ungültig, ſondern für den Minderjährigen allerdings verbindlich wären, nur daß freylich der Curator ſich der Erfüllung derſelben widerſetzen könne, weil dieſer zu nichts verpflichtet ſey, wenn das Geſchäft ohne ſeine Zuziehung

3) *L. 20. D. de Ritu nuptiar.* Sciendum eſt, ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla, an non, quia officium eius in adminiſtratione negotiorum conſtat. *L. 8. C. de nupt.* In wiefern Minderjährige pacta dotalia eingehen können, erörtert BRANDENBURG cit. Commentat. §. 31. pag. 65. ſq.

4) *de* MEYER cit. Commentat. §. 20.

5) *§. 2. I. de Curator. L. 20. D. de rit. nupt. Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. XXIII. Princ. I. pag. 1082. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 696.

hung geſchloſſen worden. Es könne alſo zwar ſo lange, **als die Curatel dauert**, eine von dem Minderjährigen etwa verſprochene Veräußerung nicht vor ſich gehen; allein, ſobald die Curatel aufhöre, und wenn dann der minderjährige, nun majorenn gewordene Contrahent nicht etwa die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten könnte, ſo ſtehe die Verbindlichkeit feſt, und gebe dem andern ein Klagerecht [6]). Man beruft ſich deshalb auf einige Stellen der Pandecten, in welchen ohne Einſchränkung geſagt werde, daß Minderjährige auch ohne Beytritt ihrer Curatoren ſich durch Verſprechungen verbindlich machen könnten. Denn ſo ſage **Modeſtinus** in der *L.* 101. *D. de Verb. Obligat.* Puberes ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari. Das nämliche lehre **Paulus**, wenn er in der *L.* 43. *D. de Obligat. et action.* ſagt: Obligari poteſt paterfamilias, ſuae poteſtatis, pubes, compos mentis, in welcher Stelle

6) Die vornehmſten Vertheidiger dieſer Meinung ſind BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Diſſ. VI. Th. V. Lit. C. *Zach.* HUBER in Diſſ. de obligatione puberum ad L. 101. D. de V. O. (in EIUS *Diſſertat. iurid.* Franequ. 1703. P. I. p. 369. ſqq.) *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Inſtitut. Lib. III. Tit. XX. §. 5. HEINECCIUS in Not. ad VINNII Comment. ad Inſtit. Lib. III. Tit. XX. §. 9. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 21. u. 22. PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 20. pag. 149. *Io. van der* LINDEN ad VOET Comment. in Pandect. Tit. de Minoribus §. 52. und der Verfaſſer der Abhandlung **über die Fähigkeit der Minderjährigen, ſich verbindlich zu machen**, welche in dem 6ten Theile des von **Hagemann** und **Günther** herausgegebenen **Archivs für die theoretiſche und practiſche Rechtsgelehrſamkeit** (Helmſtädt 1792. 8.) Nr. I. enthalten iſt.

le die Worte *ſuae poteſtatis* nicht etwa von einem ſolchen Minderjährigen zu verſtehen wären, der keinen Curator hat, ſondern blos in der Abſicht beygefügt worden, um einen patremfamilias puberem von einem Pupillen zu unterſcheiden, der noch unter der Gewalt eines Tutors ſtehet, und von welchem er gleich nachher ſagt: eum *ſine tutoris auctoritate* non obligari iure civili. Dieſer Gegenſatz gebe nicht undeutlich zu erkennen, daß Paulus von einem ſolchen Minderjährigen rede, der wirklich einen Curator hat, deſſen Fähigkeit, auch ohne vormundſchaftlichen Beyſtand zu contrahiren, um ſo weniger bezweifelt werden könne, da ſogar ein minderjähriger Filiusfamilias, welcher doch in Abſicht ſeines Peculiums dem Vater gewiß mehr untergeben ſey, als ein minor ſui iuris dem Curator, ſich nach Vorſchrift der Geſetze [7]) gültiger Weiſe, auch ohne Einwilligung des Vaters, verbindlich machen könne, und ihm nur blos im Falle einer erweißlichen Läſion durch Reſtitution zu helfen ſey. Allein andere, welche das Gegentheil behaupten [8]), ſetzen

7) *L.* 141. *§.* 2. *D. de Verbor. Obligat. L.* 3. *§.* 4. *D. de Minorib.*

8) *Io.* MERCERIUS Opinion. et Obſervat. Lib. I. cap. 6. (*Theſ. Ottonian.* Tom. II. col. 1561.) *Io.* ROBERTUS Animadverſ. iur. Lib. I. cap. 12. *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. VII. Eccl. 15. *Arn.* VINNIUS in Comment. ad §. 9. I. de inutil. ſtip. n. 5. *Io* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 52. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. pr. Digeſtor. h. t. §. 20. et 21. *Ger.* NOODT de pactis et transactionibus. Cap. 20. *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 31. DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Reſtitutionibus in integrum. (*Lugd. Batav.* 1767. 8.) Tit. IV. §. 24. pag. 219. *de* BEHMER Nov. iure controv. Tom. I. Obſ. 47. Adolph Diet. Weber

ſetzen jenen nicht ohne Grund die Verordnung der Kaiſer **Diocletians** und **Maximians** entgegen, welche in der *L.* 3. *Cod. de in integr. reſtitut. minor.* an einen gewiſſen Attian folgendermaßen reſcribirt haben: Si *curatorem habens minor* quinque et viginti annis poſt pupillarem aetatem res vendidiſti, *hunc contractum ſervari non oportet*, cum non abſimilis ei habeatur *minor curatorem habens*, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum eſt. Si vero *ſine curatore conſtitutus* contractum feciſti, implorare in integrum reſtitutionem, ſi necdum tempora praefinita exceſſerint, cauſa cognita non prohiberis. Es iſt hier von einem Minderjährigen die Rede, welcher Sachen ohne Einwilligung des Curators verkauft hatte, und die Frage, welche hier entſchieden worden, war die, ob der Contract zu Recht beſtehe oder nichtig ſey? Das Geſetz unterſcheidet, ob Minor ſchon zur Zeit der unternommenen Veräußerung einen Curator gehabt, oder damals noch mit keinem Vormund verſehen geweſen. Im erſtern Falle wird die Veräußerung, welche der Minderjährige ohne Zuziehung des ihm beygeordneten Vormundes unternommen, für ungültig erklärt, und zwar aus dem Grunde, weil ein unter der Curatel ſtehender Minderjähriger dem gleich zu ſchätzen ſey, welchem der Prätor ſeiner verſchwenderiſchen Haushaltung wegen die Verwaltung ſeines Vermögens genommen, und der Curatel unterworfen hat. Daß aber ein ſolcher

ber in der ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2. Abth. §. 72. *Io. Frid.* de MEYER Comment. cit. de eo, quod intereſt inter tut. et curam aetatis §. 19. pag. 40. Höpfner im Commentar über die Inſtitut. §. 227. *Io. Chriſt.* BRANDENBURG in Comment. alleg. expon. different. iur. Rom. inter pupillos et minores. §. 27. u. a. m.

cher gerichtlich erklärter Verſchwender gültig nichts veräuſſern könne, iſt außer Zweifel. Im letztern Falle hingegen wird dem Minderjährigen nur erlaubt, bey erweißlicher Läſion die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu ſuchen, mithin, daß das Geſchäft an ſich nicht ungültig ſey, hierdurch zu erkennen gegeben. Ob nun gleich diejenigen, welche dem ohnerachtet die Nullität der von Minderjährigen über ihr Vermögen ohne Genehmigung ihrer Curatoren eingegangenen Verträge nicht zugeben wollen, dieſes Geſetz ſo zu erklären wiſſen, daß es ihrer Behauptung nicht entgegen ſtehet, indem ſie die Worte: *hunc contractum ſervari non oportet*, ſo verſtehen wollen, daß nur der Vormund, ſo lange er da iſt, durch ſeinen Widerſpruch die Wirkung des Contracts zum Beſten ſeines Pflegbefohlnen hindern könne, der Minderjahrige ſelbſt aber aus ſeinem Verſprechen für ſeine Perſon dergeſtalt verbindlich ſey und bleibe, daß er nach erlangter Volljährigkeit auf die Erfüllung deſſelben belangt werden könne; ſo iſt doch dieſe Erklärung offenbar gezwungen, und dem Inhalte des Textes ganz entgegen. Denn daß die Worte *ſervari non oportet* vielmehr ſo viel heiſſen ſollen: der Contract ſey an ſich nichtig, er brauche nicht gehalten zu werden, und es bedürfe hier keiner Reſtitution, ſieht man theils aus dem von den Geſetzgebern gebrauchten Grunde der Aehnlichkeit eines unter der Curatel ſtehenden Minderjährigen mit einem gerichtlich erklärten Verſchwender, theils daraus, daß nur in dem andern Falle, da nämlich der Minderjährige zur Zeit des geſchloſſenen Contracts mit keinem Vormund verſehen geweſen, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu ſuchen geſtattet wird [9]). Da

indeſſen

9) Auch die Baſilica Tom. I. Lib. X. Tit. 4. p. 635. beſtätigen dieſe Erklärung. Denn da heißt es: ἀυτῷ τῷ νόμῳ ἄχρηςός

ἐςι

indeſſen freylich in dem Geſetz ſelbſt kein Wort vorkommt, aus welchem ſich ſchließen ließe, daß die Imperatoren jene Geſetze der Pandecten hätten aufheben wollen; ſo bleibt noch immer die Hauptfrage übrig, wie dieſe Verordnung des Codex mit jenen Stellen der Pandecten in Harmonie zu bringen ſey? Man hat faſt kein Hülfsmittel unverſucht gelaſſen, um den ſcheinbaren Widerſpruch zu heben [10]), ja man hat ſogar zur Critik ſeine Zuflucht genommen, und durch Veränderung der Leſeart der Schwierigkeit abzuhelfen geſucht [11]), ſich aber im Grunde, wie Herr Prof. We=

ἐςι ἡ πρᾶσις, ὡς μηδὲ ἀποκαταςάσεος ἀυτὸν χρήζειν; d. i. *ipſo iure inutilis eſt venditio, ut nec reſtitutione egeat.*

10) So z. B. meint VINNIUS ad §. 9. I. de inut. ſtip. daß die Worte *ſine curatoribus ſuis* in der *L.* 101. *D. de V. O.* nicht eben in beſondern Bezug auf einen wirklich beſtellten Curator zu nehmen wären, ſondern nur eine allgemeine Beziehung überhaupt darauf hätten, daß Minderjährige ſich einen Curator ausbitten könnten, und gewöhnlich einen Curator zu haben pflegten. Eben ſo verſteht man insgemein die *L.* 43. *D. de V. O.* von einem ſolchen Minderjährigen, der keinen Curator hat, wenn es daſelbſt heißt: obligari poteſt *paterfamilias, ſuae poteſtatis, pubes.* Man ſehe die in der Not. 8. angeführte LYCKLAMA, NOODT, SCHULTING u. a. m. Allein dieſen Erklärungen ließ ſich freylich vieles entgegen ſetzen, wie unter andern MARCKART Interpret. recept. I. C. lect. Lib. I. cap. 21. einleuchtend gezeigt hat.

11) Z. E. ſo wollen einige in der *L.* 101. *D. de V. O.* ſtatt ſine curatoribus ſuis leſen: *ſine curatoribus* SUI, als wenn von ſolchen Minderjährigen die Rede wäre, welche keinen Curator hätten; S. *Alex. Arn.* PAGENSTECHER in Aphoriſm. Iuſtinian. III. 97. in fin. und in Siciliment. compend. Lauterbach. Manip. IV. pag. 40. Andere halten dafür, man müſſe ſtatt poſ-

Weber [12]) ganz richtig bemerkt, die Sache ſchwieriger gemacht, als ſie wirklich iſt. Schon die Worte der angeführten Geſetzſtellen geben nicht undeutlich zu erkennen, daß ſie nicht von einem und demſelben Gegenſtande handeln. Daß ein Minderjähriger, wenn er auch unter der Curatel ſtehet, ſich dennoch in gewißen Fällen, auch ohne Beytritt ſeines Curators, durch Verſprechungen verbindlich machen, und inſonderheit in ſolchen rechtlichen Angelegenheiten, welche nicht ſein dem Curator untergebenes Vermögen, ſondern blos ſeine Perſon angehen, für ſich allein gültig handeln könne, iſt auſſer Zweifel, und auch oben bereits bemerket worden. Dieſe Möglichkeit, ſich verbindlich zu machen, welche niemand einem Minderjährigen abſtreiten wird, iſt es, welche in den angeführten Geſetzſtellen der Pandecten von den römiſchen Juriſten anerkannt wird. Denn es wird darinn, wie auch ſchon **Voet** [13]) ſehr richtig einge-

ſunt ex ſtipulatu obligari leſen: *obligare*, wie *Sim. van* LEEUWEN in Not. ad L. 101. D. cit. Dieſe Emendation nehmen auch NOODT de pactis et transact. cap. 20. BRENCMANN in Diſp. de Legum inſcriptionibus §. 20. bey WIELING *jurisprud. reſtitut.* pag. 167. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Digeſtor. h. t. §. 21. an. Andere ſind noch dreuſter, und ſchieben das Wörtchen *non* ein; ſie leſen alſo: Puberes ſine curatoribus ſuis NON poſſunt ex ſtipulatu obligari. S. DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XII. cap. 22. n. 50. pag. 602. Allein dergleichen willkührliche Aenderungen der Leſeart in Geſetzen, die an ſich einen richtigen Sinn haben, verdienen keinen Beifall. S. BRANDENBURG cit. Commentat. §. 30. Not. a.

12) in der angef. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 72. S. 288.

13) in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 52. mit welchem auch DOMPIERRE *de* JONQUIERES in Specim. de Reſtitutionibus in integr. Tit. IV. §. 24. pag. 219. übereinſtimmt.

eingeſetzen hat, nicht geradezu behauptet, daß der Minderjährige, wenn er auch ohne Vormund gehandelt, dennoch durchgängig aus ſeinen Verträgen obligirt werde; nein, ſondern ſehr wohlbedächtig drückt ſich **Modeſtinus** aus, wenn er ſagt: *poſſunt* ex ſtipulatu obligari, wodurch er ohne allem Zweifel nur auf diejenigen Fälle zielet, wovon wir wiſſen, daß ſie die Concurrenz des Vormundes nicht erfordern. Wenn nun im Gegentheil in der L. 3. Cod. de in integr. reſtitut. minor. blos von Veräußerungen die Rede iſt, welche ein Minderjähriger ohne Conſens ſeines Curators unternommen hatte [14], und dieſe darum für ungültig erkläret werden, weil ein unter der Curatel ſtehender Minor in Rückſicht der Verwaltung ſeines Vermögens dem gleich zu achten iſt, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum eſt; ſo läſſet ſich nun, deucht mir, zwiſchen dieſem und den obigen beyden Geſetzen der Pandecten kein

14) Was das eigentlich für Sachen geweſen, welche der Curand in dem Falle der L. 3. veräuſſert hatte, wird zwar in dem Geſetz nicht weiter beſtimmt; indeſſen läßt ſich doch auch nicht gerade mit MARCKART Interpret. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 22. annehmen, daß das Geſetz aus den *L.* 8 9. 10. 11. *ſqq. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* zu erklären, und nur von praediis ruſticis oder ſuburbanis zu verſtehen ſey. Denn da ſolche Güter der Minderjährigen ohne obrigkeitliches Decret nicht veräußert werden durften, der Minderjährige mochte einen Curator haben oder nicht, *L.* 3. *Cod. Quando decreto opus non eſt*; ſo hätte ja auch in dem letztern Falle des Geſetzes, da nämlich der Minderjährige zur Zeit der unternommenen Veräußerung mit keinem Curator verſehen geweſen, der Contract für ungültig erklärt werden müſſen.

kein Widerſpruch mehr finden [15]). Es ſtimmt auch mit dieſen Grundſätzen vollkommen überein, wenn **Gajus** in der *L.* 141. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* ſagt: Pubes, qui in poteſtate eſt, perinde, ac ſi paterfamilias, *obligari ſolet.* Denn daß ein unter väterlicher Gewalt ſtehender Minderjähriger, wenn er auch ohne ſeines Vaters Einwilligung gehandelt, ſich dennoch durchgehends verbindlich mache, wird hier nicht behauptet [16]). Vielmehr lehrt **Ulpian** das Gegentheil, wenn er in der *L.* 3. §. 4. *D. de Minorib.* ſagt: Proinde ſi *iuſſu patris* obligatus ſit, pater utique poterit in ſolidum conveniri; *filius* autem, *cum et ipſe poſſit vel in poteſtate manens conveniri*, auxilium impetrare debebit, ſi ipſe conveniatur. Ueberdem iſt bekannt, daß ein minderjähriger Filiusfamilias von ſeinem peculio adventitio ohne Einwilligung ſeines Vaters, oder des beſondern Curators, dem die Verwaltung deſſelben über-

15) S. *Conr.* RITTERSHUSIUS in Commentar. novo ad Tit. Inſtitut. de inutil. ſtipulat. pag. 447.

16) Es iſt merkwürdig, was Gajus unmittelbar vorher ſagt: Pupillus, ſi in parentis poteſtate eſt, *ne auctore quidem patre*, obligatur. Eben dieſes wird in dem §. 10. *I. de. inutil. ſtipulat.* wiederholt. Der Grund, warum ein Unmündiger zwar mit Auctorität ſeines Vormundes, aber nicht ſeines Vaters, obligirt werden könne, wird verſchiedentlich angegeben. *Fr.* HOTOMANNUS in Comm. ad §. cit. Inſtit. pag. 340. ſagt: *quia tutor ob rem male geſtam tenetur, pater non tenetur.* Eben ſo *Conr.* RITTERSHUSIUS in Commentar. novo ad eund. §. Inſtit. pag. 447. und *Edm.* MERILLIUS in Comment. ad §. 9. I. de inutil. ſtip. pag. 351. Allein VINNIUS in Commentar. ad eund. §. 9. I. n. 6. und FABROTTUS ad *Theophili* paraphraſ. graec. Inſtitut. cit. §. 9. not. z. Tom. II. edit. *Reitz.* pag. 652. erklären die Sache anders.

übertragen worden, nichts veräußern darf [17]). Melius enim eſt, ſagt Juſtinian [18]), coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti triſtem exitum ſentiant, qui eos poſt diſperſum exſpectat patrimonium.

Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt ſoviel gewiß, daß der römiſche Unterſchied zwiſchen Minderjährigen, die mit einem Curator verſehen ſind, und ſolchen, die es nicht ſind, nach heutigen teutſchen Rechten nicht mehr ſtatt finde [19]). Unſere Reichsgeſetze verordnen ausdrücklich, daß, ohne Unterſchied den Minderjährigen, wie den Unmündigen, Vormünder gegeben werden ſollen, damit dieſelben unbetrogen und unvernachtheilt bleiben, und ihr Vermögen unverletzt erhalten werde [20]). Wir haben alſo ſolche Minderjährige in Teutſchland nicht mehr, von deren Willkühr es abhängt, ob ſie ſich einen Curator erbitten wollen, oder nicht, und die alſo in dem letzteren Falle über ihr Vermögen ſelbſt rechtsgültig diſponiren können [21]). Aus

 dieſem

17) *L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae liber. Nov. CXVII. cap. 1.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 576. et 583.

18) *L. 8. §. 5. cit.*

19) Man vergleiche hier vorzüglich Webers ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit 2. Abtheil. §. 73.

20) In der Reichspoliceyordnung von 1577. Tit. XXXII. §. 1. heißt es: daß den Pupillen und Minderjährigen jederzeit, bis ſie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorſteher gegeben werden ſollen ꝛc.

21) Man ſehe STRYK Uſ. modern. Pand. Lib. XXVI. Tit. I. §. 7. LAUTERBACH Colleg. Pandect Lib. XXVII. Tit. X. §. 14. LEY-

SER

dieſem Grunde finden daher auch jene Vorſchriften des römiſchen Rechts bey uns keine Anwendung, vielmehr gilt dasjenige, was das römiſche Recht nur von ſolchen Minderderjährigen verordnet, welche wirklich einen Vormund haben, bey uns von allen Minderjährigen ohne Unterſchied, weil ſie alle nach unſern Geſetzen unter der Vormundſchaft ſtehen ſollen, und Niemanden vor erlangter Großjährigkeit die eigene Verwaltung ſeines Vermögens geſtattet iſt [22]). Hieraus folgt, daß heutiges Tages alle Rechtsgeſchäfte und Verträge der Minderjährigen, welche ihr Vermögen betreffen, ſofern ſie ſich dadurch ſelbſt haben verbindlich machen wollen, ohne des Vormundes Einwilligung durchaus nichtig ſind [23]). Ob ein gleiches auch von denjenigen Verträgen

SER Meditat. ad Pandect. Spec. CCCXLVI. Struben rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. III. S. 380. von Lyncker Abhandl. von der Vormundſchaftsbeſtellung 1. Kap. 1. Abſchn. §. 9. S. 23. Höpfners Commentar über die Heinecciſchen Inſtitutionen §. 230. Wiesners Vormundſchaftsrecht §. 43. und 44. BRANDENBURG Comment. cit. expon. differentias iur. Rom. inter pupillos et minores §. 22. de MEYER Comment. cit. de eo, quod intereſt inter tut. et cur. aetat. P. II. Cap. III. §. 39. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 700. u. a. m.

22) Struben a. a. O. Weber a. a. O. BRANDENBURG cit. Commentat. §. 25.

23) Joh. Chriſt. Quiſtorp in wiefern ſind die Handlungen eines Minderjährigen rechtsbeſtändig? in Deſſelben kleinen juriſt. Schriften 1. Samml. (Bützow und Wismar 1772. 8.) nr. VI. S. 148. ff. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Sammlung 1. Abſchn. Nr. XIII. S. 110. Ludw. Friedr. Griesingers Commentar über das Herzogl. Wirtembergiſche Landrecht IV. Band S. 1087. ff.

trägen zu behaupten ſey, welche blos ihre Perſon angehen, iſt unter den heutigen Rechtsgelehrten ſtreitig. Diejenigen, welche dieſe Frage bejahen [24]), gründen ſich darin, daß nach teutſchen Rechten ein Vormund eben ſowohl der Perſon des Minderjährigen als dem Vermögen deſſelben vorgeſetzt werde [25]). Dieſe behaupten daher, daß heutiges Tages die Einwilligung der Vormünder auch ſogar bey den Eheverlöbniſſen ihrer Pflegbefohlnen erforderlich ſey, wenn ſie eine rechtsbeſtändige Verbindlichkeit haben ſollen [26]). Allein andere [27]) halten dafür, daß der römiſche Rechtsſatz: *cura-*

24) S. Wiesners Vormundſchaftsrecht §. 45. p. 62. de LUDWIG differentiae inter tutor. et curatores (*Opuſc.* T. II. Diſſ. 2.) Not. pp. *Ge.* BEYER Diſſ. de hodierna tutor. et curator. differentia (*Opuſc.* nr. IV.) §. 13. *de* MEYER cit. Commentat. §. 39. pag. 69.

25) Man beruft ſich auf §. 3. Tit. XXXII. der oben angeführten Reichspoliceyordnung wo es heißt: daß er ſeinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und ehrbarlich vorſeyn, ihre Perſonen und Güter verſehen und verwahren — wolle.

26) S. *Gottl. Aug.* IENICHEN Diſſ. de neceſſario tutorum ſeu curatorum conſenſu in ſponſalibus minorum. (T. XI. *Meditat.* LEYSERI adj. p. 25. ſqq.) Hofmanns Handbuch des teutſchen Eherechts §. 10. S. 30. *de* MEYER cit. Commentat. §. 39.

27) STRYCK Uſ. Mod. Pandect. Lib. XXVI. Tit. I. §. 8. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 230. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 696. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. §. 130. S. 73. Pütters rechtl. Bedenken über eine merkwürdige Vormundſchaftsgeſchichte (Göttingen 1791.) S. 5. und beſonders BRANDENBURG cit. Commentat. §. 34. et 35.

curator primario datur rei, durch die teutſchen Reichsgeſetze keineswegeѕ aufgehoben ſey, mithin ein Minderjähriger ſolche Verträge, dadurch er ſich blos für ſeine Perſon verbindlich macht, auch ohne Einwilligung ſeines Curators gültig ſchließen könne [28]). Nach gemeinen Rechten verdient dieſe letztere Meinung allerdings den Vorzug [29]), obgleich viele beſondere teutſche Geſetze jene erſtere beſtätigen [30]).

§. 289.

Verſchiedene Erklärungsarten der Einwilligung.

Zur rechtsgültigen Schließung eines Vertrags wird ferner erfordert, daß die gegenſeitige Einwilligung von den Paciscenten hinreichend erklärt werde. Dieſe Willenserklärung kann auf dreyerley Art geſchehen;

1) aus-

28) HOFACKER l. c. §. 702. Quiſtorp a. a. O. p. 149. Dabelows Grundſ. des allgem. Eherechts der teutſchen Chriſten §. 98.

29) Die in der Not. 25. angeführte Stelle der Policeyordnung vom Jahr 1577. iſt dieſer Meinung nicht entgegen. Denn 1) zeigt der Zuſammenhang mit dem §. 2. des Tit. XXXII. daß hier von einem Tutor im engern Sinne die Rede ſey; ſodann iſt ja auch 2) ſchon aus römiſchen Rechten bekannt, daß ſich ſelbſt der Curator eines Minderjährigen der Sorge für die Perſon des Curanden nicht ganz entſchlagen dürfe, ſondern nur hauptſächlich zur Adminiſtration des Vermögens beſtellet ſey. S. Höpfners Commentar §. 227. und BRANDENBURG cit. Commentat. §. 35. S. 75.

30) Auch in dem allgemeinen Geſetzbuch für die Preußiſchen Staaten 1. Th. 5. Tit. §. 14. S. 63. heißt es: Minderjährige werden in Anſehung der Fähigkeit, Verträge zu ſchließen, den Unmündigen gleich geachtet.

1) ausdrücklich, durch ſolche Worte oder Facta, welche den Conſens unmittelbar zu erkennen geben, ohne daß es hierzu eines Vernunftſchlußes bedarf, z. E. durch Zunicken mit dem Kopf;

2) ſtillſchweigend, durch ſolche Worte oder Handlungen, woraus ſich mit Zuverläßigkeit eine Einwilligung folgern läßt;

3) vermuthend, wenn weder aus Worten, noch Handlungen, die auf den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben, ſondern aus andern wahrſcheinlichen Gründen mit Beyſtimmung der Geſetze eine Einwilligung geſchloſſen wird [31]). Ob übrigens die Einwilligung auf die eine oder andere Art erklärt worden, iſt, in ſofern nicht etwa die Geſetze in einem beſtimmten Falle eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern, in Anſehung der rechtlichen Wirkungen gleichgültig. Verträge können alſo in dieſer Rückſicht entweder ausdrückliche oder ſtillſchweigende ſeyn [32]). Daß eine Convention auch ſowohl perſönlich, als unter Abweſenden durch Briefe, oder durch einen Bevollmächtigten, geſchloſſen werden könne, leidet keinen Zweifel [33]).

31) *Frid. Ge.* LAUTENSACK Diſp. de accurato diſcrimine inter conſenſum expreſſum, tacitum et praeſumtum. Erf. 1710. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 183. et 184. Höpfner im Commentar §. 735. S. 646.

32) *Henr. Theod.* PAGENSTECHER Diſſ. de pactis tacitis, hinter ſeinem *Commentar. in Sexti Pomponii ICti ad Sabinum de re teſtamentaria libr. IV* (*Lemgoviae* 1750. 4.) pag. 141. ſqq. *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 2.

33) *L.* 2. *D. de pactis*: LABEO ait, convenire poſſe vel re, vel per epiſtolam, vel per nuncium, inter abſentes quoque poſſe: ſed

§. 290.

Grundſätze von ſtillſchweigender Einwilligung.

Eine ſtillſchweigende Einwilligung wird nicht bloß aus Handlungen gefolgert, wie hier unſer Verfaſſer annimmt, ſondern ſie kann auch eben ſo gut durch Worte erkläret werden, wenn ſelbige von der Art ſind, daß ſie die Abſicht des ſich verbindlich machenden nicht geradezu ausdrücken, ſondern implicite zu erkennen geben. Z. B. wenn ein Schuldner ſeinen Gläubiger die Befugniß ertheilet, gewiſſe Sachen zum Verkauf zu bringen, falß die Zahlung nicht zu rechter Zeit erfolgen ſollte, ſo wird angenommen, daß ſolche Sachen ſtillſchweigend verpfändet worden.

ſed etiam tacite conſenſu convenire intelligitur. Die Worte *re convenire* machen hier einige Schwierigkeit. Verſchiedene Rechtsgelehrte erklären ſie von einem Realcontract, z. B. *Reinh.* BACHOVIUS in Prot. pag. 594. *Pard.* PRATEJUS jurisprud. vet. in *Theſ. iur. Ottonian.* Tom. IV. pag. 470. Allein richtiger werden ſie von andern ſo verſtanden, daß man ausdrücklich und perſönlich eine Convention ſchließen könne. S. CUJACIUS in Not. ad h. L. *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 2. (*Oper.* T. I. pag. 486.) Nicht nur die Baſilicken Lib. XI. Tit. I. pag. 719. Tom. I. ſondern auch der Zuſammenhang ſelbſt rechtfertigen dieſe Erklärung. Uebrigens ſcheint das Unterſcheidungszeichen nach dem Wort *nuncium* ganz überflüßig zu ſeyn, es iſt auch in den Baſilicken nicht zu finden, als welche jene Stelle der Pandecten folgendergeſtalt überſetzen: Συμφωνεῖ τις καὶ παρὼν καὶ ἀπὼν δι᾽ ἐπιςολῆς καὶ δι᾽ αγγελȣ. d. i. Paciſcitur quis et praeſens et abſens per epiſtolam et per nuncium. Man vergleiche auch *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. lection. P. II. pag. 80. und PAGENSTECHER cit. Diſput. Theſ. V. pag. 147.

den [34]). Denn fehlt gleich die ausdrückliche Erwähnung eines Unterpfandes, ſo ſiehet man doch offenbar, daß die Abſicht des Schuldners bey jener Erklärung auf nichts anders gegangen ſeyn könne [35]). Wird eine ſtillſchweigende Einwilligung aus Handlungen gefolgert, ſo können dieſe Handlungen entweder omißiv- oder commiß Handlungen ſeyn. Zu den erſtern gehört das Stillſchweigen [36]). Bloßes Stillſchweigen an und für ſich zeigt zwar

34) *L.* 3. *§. ult. D. qui potior. in pign.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XX. Tit. II. §. 1.

35) Mehrere Beyſpiele giebt Weber in den Beyträgen zu der Lehre vom ſtillſchweigenden Conventional-Pfandrechte Abh. I. §. 11. S. 40.

36) Man vergleiche über dieſe Materie *Henr.* COCCEJI Diſſ. de Silentio. *Heidelbergae* 1682. (Exercit. T. I.) *Io. Chriſt.* WINTER Diſſ. I. et II. de Silentio. *Helmſt.* 1715. *Henr.* BROCKES Diſſ. de ſilentio conſenſum non inferente. *Vitemb.* 1734. *Io. Frid.* WAHL Progr. de conventione, quae ſilentio ſit. *Goett.* 1744. *Phil.* HAHN Diſſ. de praeiudicio tacentis. *Moguntiae* 1746. *Leonh. Guil.* SCHNETLAGE Diſſ. de conſenſu tacito ex ſilentio. *Harderovici* 1764. de CRAMER Diſſ. de tacente diſſentiente. (*Opuſcul.* T. II.) Götz rechtliche Betrachtungen über das Schweigen (in deſſelben Beyträgen zur populären Rechtsgelehrſamkeit 2. Bandes 4. Stück Nr. XXVI. S. 387. ff.) Reinhard von den Wirkungen der ſtillſchweigenden Einwilligung zwiſchen freyen Völkern, (in deſſelben Sammlung juriſt. philoſoph. u. kritiſcher Aufſätze 1. Bandes 5. St. Nr. 1. S. 307. ff.) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 184. und meine Abhandl. über die Wirkung des Stillſchweigens auf einen geſchehenen Antrag, inſonderheit, wenn ſolcher die Aufhebung eines öffentl. geſchloſſenen Kaufs betrift, (in den merkwürd. Rechtsfällen u. Abhandl. II. Band Nr. XXVII. S. 159. ff.)

weder eine Einwilligung noch eine Mißbilligung an. Denn überhaupt ſind Schweigen und Reden Dinge, die in eines jeden Willkühr ſtehen, ſo lange ihn nicht ein Geſetz zu dem einen oder dem andern verbindet. In dieſer Hinſicht ſagen daher die Geſetze ſelbſt, daß derjenige, welcher ſchweigt, weder etwas bejahe noch verneine [37]). Allein wenn der Schweigende ſich erklären konnte, und vermöge der Geſetze auch dazu verbunden war, oder das Stillſchweigen mit ſolchen Umſtänden begleitet iſt, daß es gar keine andere vernünftige Auslegung leidet, als dieſe, daß es eine Einwilligung zum Grunde habe; ſo iſt unter dieſer Einſchränkung die Regel allerdings richtig, daß derjenige, welcher zu etwas ſtille geſchwiegen, darein gewilliget habe [38]). Es muß alſo

1) ein ſolcher Fall vorhanden ſeyn, wo der Stillſchweigende ausdrücklich hätte widerſprechen müſſen, wenn er nicht gewollt, daß ſein Schweigen zu ſeinem Nachtheil erkläret werde. Dahin gehört, wenn jemand durch einen auf die Geſetze gegründeten richterlichen Befehl zu ſeiner Erklärung aufgefordert worden, und ſie beharrlich verweigert, oder gewußt hat, daß eine ihm nachtheilige Handlung vorgehe, er aber ſolche, da er doch konnte und ſollte, nicht verhindert hat. Denn in dem erſten Falle wird das Stillſchweigen als ein Ungehorſam angeſehen, und daher zum Nachtheil des Schweigenden erklärt [39]); in dem letztern Falle

37) *L. 142. D. de Reg. iur.* Qui tacet, non utique fatetur; ſed tamen verum eſt, eum non negare. *Cap. 44. de Reg. iur. in 6to.*

38) *Cap. 43. de Reg. iur. in 6to.* Qui tacet, conſentire videtur.

39) Nam qui in iure interrogatus omnino non reſpondit, ſagt Ulpian *L. 11. §. 4. D. de interrogat. in iure fac.* contumax

Falle hingegen ſehen die Geſetze das Stillſchweigen darum als eine Einwilligung an, weil man von jedem vernünftigen Menſchen vermuthen kann, daß er allen augenſcheinlichen Schaden, wo es möglich iſt, von ſich abwenden, und alſo nicht freiwillig das Reden unterlaſſen werde, wo ihm dieſe Unterlaſſung nachtheilig werden kann. Man ſetze alſo, ein Vater habe von ſeinem Sohne einen Brief erhalten, worin ihm dieſer meldet, daß ihm Titius baar Geld vorgeſchoſſen, und zugleich gebeten hat, daſſelbe dem Gläubiger wieder zu bezahlen. Hier muß der Vater ſofort und ausdrücklich dem Gläubiger ſeine Mißbilligung zu erkennen geben. Thut er dieſes nicht, ſo ſchließen die Geſetze aus dieſem Stillſchweigen eine Genehmigung desjenigen, was der Sohn gethan hat, und verbinden den Vater zur Bezahlung [40]). Dahingegen iſt das Stillſchweigen unnachtheilig,

a) wenn Jemand deswegen nicht widerſprochen, weil er wußte, daß ihm, der Handlung des andern ungeachtet, ſein Recht unverletzt bleibe. Dieß iſt der Fall bey einem Pfandgläubiger, der zwar die Veräußerung der ihm verpfändeten Sache, welche der Schuldner unternehmen will, weiß, aber dagegen nicht proteſtirt. Denn nach deutlicher Belehrung der Geſetze giebt der Gläubiger durch ſeinen unterlaſſenen Widerſpruch zu der Veräußerung ſelbſt eben ſo wenig

max eſt, quia Praetorem contemnere videtur. VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XI. Tit. I. §. 9. Meine Abhandl. §. 2.

40) *L. 16. D. de Senatusconſ. Macedon.* Mehrere Beyſpiele enthalten *L. 7. §. 1. D. de Sponſal. L. 5. Cod. de Nupt. L. 12. D. de Eviction. L. 4. §. 3. D. de fidejuſſ. tutor. L. 38. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 2. §. 2. D. Soluto matrimon.*

wenig ſeine Einwilligung, als daraus eine Begebung des zuſtändigen Pfandrechts gefolgert werden kann. Er konnte die Veräußerung immerhin geſchehen laſſen, weil er wußte, daß ſein Pfandrecht auf der Sache haftet, und mit derſelben auf jeden Beſitzer übergehet, folglich der geſchehenen Veräußerung ungeachtet fortdauert[41]). Er hatte alſo keinen Grund, ſich derſelben zu widerſetzen, da die Geſetze in dieſem Falle für ihn reden, und ihn der Mühe des Proteſtirens überheben. Wären aber zum Verkauf öffentliche Anſchläge gemacht, und darin alle Pfandgläubiger öffentlich und präcluſiviſch vorgeladen worden, ſo ſchadet denenjenigen ihr Stillſchweigen allerdings, die ſich nicht gemeldet haben[42]). Denn die Obrigkeit hat das Recht, diejenigen, welche Anſprüche an Grundſtücken machen können, zur Sicherheit der Käufer vorzuladen, und man iſt ſchuldig, ihr zu gehorchen. Wer alſo ungehorſam iſt, mag den Schaden tragen[43]).

b) Wenn

41) *L. 8. §. 15. D. Quib. mod. pignus vel hyp. ſolvit.* Non videtur conſenſiſſe creditor, ſi, ſciente eo, debitor rem vendiderit: cum ideo paſſus eſt venire, quod ſciebat, ubique pignus ſibi durare. S. Quiſtorps Abhandl. ob die Unterlaſſung des Widerſpruchs bey der Veräußerung eines unterpfandlich verſchriebenen Grundſtücks für eine ſtillſchweigende Begebung des zuſtändigen Pfandrechts angeſehen werden könne? (in Deſſelben Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien II. Stück Nr. VI. S. 104 ff.) und die gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elſäßer 2. Band Nr. V. S. 52 ff.

42) *L. 6. Cod. de remiſſ. pignor.*

43) S. Weſtphals Verſuch einer ſyſtemat. Erläuterung der ſämmtl. röm. Geſetze vom Pfandrecht. 9. Kap. §. 235. Not. 264. S. 343.

b) Wenn von ſolchen Handlungen die Rede iſt, welche eine ausdrückliche Einwilligung oder beſtimmte Erklärung erfordern. Bey dieſen kann das Stillſchweigen auch ſelbſt auf einen geſchehenen Antrag nie für eine Einwilligung gehalten werden. So iſt z. B. bekannt, daß wenn ein Frauenzimmer auf den ihr gemachten Heyrathsantrag keine Antwort giebt, derſelben Stillſchweigen als eine abſchlägliche Antwort angeſehen werde[44]). Es heißt in ſolchen Fällen nach einem bekannten Sprüchwort: Keine Antwort iſt auch eine Antwort[45]). Hätte jedoch der Vater mit Vorwiſſen der Tochter das Jawort gegeben, ſo wird das Stillſchweigen derſelben als ihr Conſens[46]) angenommen. So iſt ferner zu Beſtellung eines gerichtlichen Sachwalters das bloße Stillſchweigen deſſelben nicht hinreichend[47]), wenn nicht noch ein poſitives Factum, z. B. daß derſelbe wiſſentlich und ohne Widerrede eine auf ihn geſtellte gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen, hinzu kommt[48]).

c) Wenn es auf die Aufhebung eines Bilateralcontracts ankommt, ſo kann das Stillſchweigen derjenigen Parthey, welche ſich deshalb erklären ſollte, ebenfalls für keine ſtillſchweigende Einwilligung gehalten werden, weil hier-

zu

44) Hofmanns Handbuch des teutſchen Eherechts 2. Hptſt. §. 8.

45) Eiſenharts Grundſätze der teutſchen Rechte in Sprüchwörtern 2. Abth. S. 97. (nach der neueſten Ausgabe Leipzig 1792. 8.)

46) *L. 12. pr. D. de Sponſal. Cap. I. de Deſponſat. in 6to.*

47) *L. 8. §. 1. D. de procurat.*

48) *Clem. I. de procurator.*

zu mutuus diſſenſus ſchlechterdings erfordert wird [49]), und es überdem hier auf die Begebung eines wechſelſeitigen Rechts angeſehen iſt, welche im Zweifel nie vermuthet werden kann [50]).

2) Soll das Stillſchweigen für eine Einwilligung erkläret werden, ſo muß nicht nur eine geſetzliche Verbindlichkeit vorhanden ſeyn, ſich einer präjudicirlichen Handlung zu widerſetzen, ſondern es muß auch der Schweigende haben widerſprechen können. Wenn ich alſo entweder gar nicht gewußt, daß ein mir nachtheiliges Geſchäft vorgehet, oder ich daſſelbe wegen meiner Abweſenheit, oder aus andern Urſachen, nicht habe hindern können; ſo kann aus meinem Schweigen keine Einwilligung oder Billigung deſſen, was vorgegangen iſt, gefolgert werden [51]). Endlich

3) iſt mir mein Stillſchweigen nachtheilig, wenn ſolches nach den Umſtänden der Sache keine andere vernünftige Auslegung leidet, als dieſe, daß es aus einer Einwilligung komme. Denn jeder hat die Vermuthung für ſich, daß er handle und denke, als ein vernünftiger Menſch. Allein eben dieſe Vermuthung muß er auch in der Auslegung ſeiner Handlungen gelten laſſen. So wie ein jeder ſchuldig iſt, die Worte, wodurch er ſeine Gedanken ausdrückt, auch gegen ſich nach derjenigen Bedeutung auslegen zu laſſen, welche ſie im gemeinen Sprachgebrauch bey andern Menſchen

49) *L. 1. Cod. quando liceat ab emt. diſcedere. L. 5. Cod. de Obligat. et actionib.*

50) PUFENDORF T. II. Obſ. 86. §. 2. Einen merkwürdigen Rechtsfall hierüber enthält meine oben angeführte Abhandlung §. 4. ff. S. 163. ff.

51) *L. 4. pr. D. de noxal. act. L. 63. D. de re iudicat.*

ſchen haben, eben ſo muß auch ein jeder, der ein Mitglied der menſchlichen Geſellſchaft ſeyn will, ſich gefallen laſſen, daß man ſeine Handlungen nach denjenigen Grundſätzen erklärt, nach welchen alle vernünftige Menſchen handeln, daß man diejenigen Bewegungsgründe und Abſichten dabey zum Grunde ſetzt, aus denen ſolche Handlungen bey andern Menſchen gewöhnlicher Weiſe herfließen, kurz, daß man aus ſeinen Handlungen, nach der geſunden Vernunft, auf ſeine Meinung und auf ſeine Abſichten ſchließt. Wenn man demnach aus jemandes Benehmen bey einer gewiſſen vorkommenden Gelegenheit vernünftiger Weiſe nicht anders ſchließen kann, als daß er ſich deswegen ſo betrage, weil er dasjenige billiget, und genehm hält, was geſchiehet; ſo iſt man berechtiget, ſolche ſeine Handlung als eine ſtillſchweigende Erklärung ſeiner Einwilligung anzunehmen. Es kann ſich auch Niemand entziehen, eine ſolche Erklärung ſeiner Handlung gegen ſich gelten zu laſſen. Denn wollte er ſie nicht gelten laſſen, ſo müßte er ja verlangen, nach andern Grundſätzen, als nach denjenigen, wornach alle vernünftige Menſchen handeln, beurtheilt zu werden, und das kann er nicht, ſo lange er ein Mitglied der menſchlichen Geſellſchaft ſeyn will. Es iſt alſo keine bloß willkührliche, ſondern eine ſchon in dem Rechte der Vernunft gegründete Entſcheidung der römiſchen Geſetze, wenn derjenige, welcher wiſſentlich geſchehen läſſet, daß ein Dritter für ihn Bürgſchaft leiſtet, oder ſich ſonſt ſeinen Geſchäften unterziehet, wegen ſeiner ſtillſchweigenden Genehmigung ſo gut zur Vertretung gehalten ſeyn ſoll, als wenn er ihn dazu bevollmächtiget hätte [52]).

Auſſer

52) *L.* 6. §. 2. *L.* 18. *D. mandat. L.* 60. *D. de Reg. iur.*

Auſſer dem Stillſchweigen kann auch durch commiſſiv Handlungen eine ſtillſchweigende Einwilligung zu erkennen gegeben werden. Z. B. wenn ich meinem Schuldner ſeine Handſchrift zurückgebe, ſo wird dieß als ein ſtillſchweigender Vertrag angeſehen, daß ich ihm die Schuld erlaſſen wolle; er kann ſich alſo, wenn ich ihn belange, mit der Einrede des Vertrags ſchützen[53]. Der Gläubiger muß in einem ſolchen Falle jederzeit beweiſen, daß dem Schuldner zu einem andern Behuf der Schuldſchein eingehändiget worden ſey[54]. Ferner wer eine Urkunde, darin ſeine Sachen von einem andern verpfändet werden, ohne Widerſpruch ſchreibt, oder unterſchreibt, deſſen Handlung wird als ein merkmahl ſeiner Genehmigung angeſehen[55]. Eben ſo hat ein Gläubiger, der ſich die Zinſen von ſeinem Schuldner auf gewiſſe Zeit vorauszahlen läßt, wie **Florentin** ſagt[56], den ſtillſchweigenden Vertrag gemacht, daß er binnen dieſer Zeit das Capital nicht fordern will; andere in den Geſetzen vorkommende Beyſpiele zu geſchweigen.

Der ſtillſchweigende Conſens ſetzt übrigens

1) eine genaue Wiſſenſchaft desjenigen Geſchäfts voraus, wovon die Frage iſt. Es iſt daher z. B. zu einer ſtillſchweigenden Erklärung eines Erben zur Erbſchaft (pro herede

53) *L.* 2. §. 1. *D. de pact.* S. PAGENSTECHER cit. Diſſ. de pactis tacitis Th. 6. et 7. beſonders DUARENUS ad L. 2. cit. (*Oper.* pag. 47.)

54) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 2. D. cit. n. 4. 5. 6. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten VI. Samml. 1. Abſchn. S. 105.

55) *L.* 26. §. 1. *D. de pignor. et hypoth.* VOET in Comm. ad Pandect. Lib. XX. Tit. 2. §. 1.

56) *L.* 57. *D. h. t.*

herede geſtio) nicht genug, daß er ſolche Handlungen vornimmt, woraus man ſeine Abſicht, daß er Erbe ſeyn wolle, ſchließen kann; er muß auch gewiß wiſſen, wie ihm die Erbſchaft zugefallen iſt. Nimmt er daher die Erbſchaft als nächſter Inteſtaterbe an, weil er von dem Teſtament, in welchem ſie ihm hinterlaſſen worden, nichts wuſte, ſo iſt er aus einer ſolchen pro herede geſtione zu nichts verbunden. Denn ſeine Erklärung oder Thathandlung wurde durch einen Irrthum veranlaßt[57]).

2) Es muß auch derjenige, aus deſſen Handlungen ein ſtillſchweigender Conſens gefolgert werden ſoll, nicht etwa eine entgegen geſetzte Meinung erklärt haben. Wenn daher der Erbe zwar Handlungen vornimmt, woraus ſich ſonſt eine pro herede geſtio herleiten läßt, aber dabey ausdrücklich proteſtirt, daß er die Abſicht, die Erbſchaft annehmen zu wollen, nicht habe; ſo kann man nicht behaupten, daß er ſich pro herede gerirt hätte[58]).

3) Die Handlungen müſſen keine zweydeutige Auslegung zulaſſen, ſondern ſolche ſeyn, welche nach Vernunft und Recht nicht anders zu erklären, als daß die Intention, wovon die Rede iſt, dabey obgewaltet habe[59]). Läßt ſich noch

57) *L. 22. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Nam ut quis pro herede gerendo obſtringat ſe hereditati, *ſcire debet, qua ex cauſa hereditas ad eum pertineat:* veluti agnatus proximus iuſto teſtamento ſcriptus heres, antequam tabulae proferantur, cum exiſtimaret, inteſtato patremfamilias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit.

58) MÜLLER in Obſervat. pract. ad LEYSERUM Tom. IV. Obſ. 572. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 542.

59) *L. 2. §. 1. L. 3. 4. 27. §. 9. L. 57. pr. D. et L. 2. Cod. de pact.*

noch eine andere Abſicht gedenken, ſo iſt ein jeder, wie von ſeinen Worten, ſo auch von ſeinen Handlungen der beſte Ausleger[60]; und man muß im Zweifel diejenige Erklärung vorziehen, welche den Urheber des Factums am wenigſten beläſtiget[61]). Wenn daher z. B. Kinder ihren verſtorbenen Vater begraben laſſen, wenn ſie ferner, weil ſie ihre adventitia zu fordern haben, in dem väterlichen Nachlaß ſitzen bleiben, ſo kann daraus noch nicht gefolgert werden, daß ſie des Vaters Erben ſeyn wollen. Denn erſteres können ſie aus kindlicher Liebe, und letzteres bloß cuſtodiae cauſa gethan haben, um die Verlaſſenſchaft zu ihrer eigenen Sicherheit zu verwahren[62]). Es kann jedoch in zweifelhaften Fällen über die Abſicht, ſo jemand bey einer Handlung gehabt, ſowohl von Richterlichen Amtswegen der Reinigungseid auferlegt, als von dem andern Theile der Eid darüber: daß er die in Frage ſtehende Abſicht bey ſeiner Hand-

60) *L. 96. D. de Verb. Significat.* In ambiguis orationibus maxime ſpectanda ſententia eius, qui verba protulit. Es verſteht ſich jedoch, daß die von dem Handelnden gemachte Auslegung von ſeiner Intention nicht der Natur der vorgenommenen Handlungen und den Regeln einer wahren Interpretation zuwider ſeyn dürfe. Man vergleiche hier vorzüglich NETTELBLADT Syſtem. element. iurisprud. poſitivae Germanor. commun. general. (*Halae* 1781.) §. 243.

61) *L. 9. D. de Reg. iur.* Semper in obſcuris, quod minimum eſt, ſequimur. S. Webers Beyträge zu der Lehre vom ſtillſchweigenden Conventional-Pfandrechte, Abhandl. III. §. 8. S. 116.

62) *L. 20. pr. et §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered.* Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen. (Leipzig 1793. 4.) Bemerk. 4. S. 37. Höpfners Commentar a. a. O.

Handlung nicht gehabt habe, unſtreitig zugeſchoben werden [63]). Endlich

4) darf auch der ſtillſchweigende Conſens nie ultra factum erſtreckt, noch weniger aber ad non cogitata ausgedehnt werden, wenn ſie nicht weſentliche Folge von dem ſind, worauf die Einwilligung wirklich gerichtet worden [64]). So wie ſich alſo z. B. aus der Zurückgabe des Pfandes an den Schuldner noch nicht gleich eine Erlaſſung der Schuld ſelbſt folgern läſſet, wofern nicht aus andern Umſtänden erwieſen werden kann, daß dieß des Gläubigers Abſicht geweſen [65]); eben ſo wenig läßt ſich eine geſchehene Verpfändung der Güter auf Zinſen extendiren, wenn der Schuldner bey Errichtung des Pfandrechts noch zu keinen Zinſen gehalten war, ſondern ſolche nachher erſt zu bezahlen ſich anheiſchig gemacht hat [66]).

63) S. Claproths Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. 1. Abſchn. 1. Hptſt. §. 4. S. 8.

64) *L. 99. pr. D. de Verb. Obligat.* Weber in den angef. Beyträgen a. a. O.

65) *L. 3. D. h. t. Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 4.

66) *L. 5. §. 1. D. in quib. cauſ. pign. vel hyp. L. 4. Cod. de uſuris.* S. Webers kurze Erörterung der Frage, ob und in wieferne das Pfandrecht ſich auſſer dem Kapital auch auf Zinſen, Koſten und Conventionalſtrafe erſtrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden? §. 12. in den angeführten Beyträgen Nr. III. S. 123. ff.

Staats-Bibliothek Bamberg

§. 291.

Gründe der vermutheten Einwilligung.

Was endlich die vermuthete Einwilligung betrifft, ſo darf ich zuförderſt den lächerlichen Widerſpruch nicht unbemerkt laſſen, welcher in dem Satz des Autors liegt, daß ein Conſens, welchen die Geſetze fingiren, auch bey denjenigen angenommen werden könne, die keinen wahren Conſens zu erklären, mithin auch durch Einwilligung ſich verbindlich zu machen nicht fähig ſind. Selbſt der Begriff, welchen unſer Verfaſſer an einem andern Orte (§. 140.) von einer rechtlichen Fiction angegeben, hätte ihn erinnern können, daß ſich eine Unmöglichkeit rechtlicher Weiſe nicht fingiren laſſe; und wo iſt denn ein Geſetz, welches jene Hypotheſe unterſtützt, ohne welches ſich doch keine Fiction gedenken läßt? Diejenigen Geſetzſtellen, welche unſer Verf. für ſich anführt, gehören wenigſtens nicht hierher. Sie ſagen nicht mehr und nicht weniger, als daß in ſolchen Fällen, wo die Verbindlichkeit ex re entſtehet, d. i. von der Einwilligung des Schuldners nicht abhängt, auch ſogar ein Raſender, und Pupill ohne Concurrenz des Vormunds vollkommen verbindlich werden könne[67]. Z. B. wenn ich mit einer ſolchen Perſon gemeinſchaftlich ein Haus beſäße,

67) Man ſehe z. E. *L. 46. D. de Obligat. et action.* Furioſus et pupillus, *ubi ex re actio venit,* obligantur, etiam ſine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti ſi communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam iudicio communi dividundo obligabuntur. Den richtigen Aufſchluß dieſer von ſo vielen mißverſtandenen Stelle giebt Herr Prof. Weber in der ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71. S. 296. der neueſten Ausgabe.

beſäße, und ich darin nöthige Reparaturen vorgenommen hätte, ſo muß ſie mir die Unkoſten zu ihrem Antheil erſetzen. Der natürliche Grund hiervon iſt die Billigkeit. Wo ſtehet denn nun aber, daß hier der Conſens desjenigen, welcher auf eine ſolche Art verbindlich wird, fingiret werde? oder fingiren etwa die Geſetze auch, daß der Pupill ad hunc actum ſchon mündig, der Wahnſinnige geſcheut geweſen [68])? Hiernächſt iſt es auch eine ſehr unſchickliche Vermiſchung zwiſchen einer rechtlichen Fiction und Präſumtion, wenn unſer V. denjenigen Conſens einen vermutheten nennt, welchen die Geſetze fingiren [69]). Der conſenſus fictus iſt überhaupt ein Unding [70]). Man wird ſich hiervon ſchon aus dem, was vorhin geſagt worden, überzeugen können. Denn daraus erhellet, daß es in allen den Fällen, wo man den Conſens fingiren will, auf die Einwilligung desjenigen gar nicht ankommt, dem die Verbindlichkeit obliegt; und daß auch dieſer fingirte Conſens bey den ſogenannten Quaſi-Contracten als ein ganz falſcher Grund der Verbindlichkeit angegeben werde, ſoll noch in der Folge an ſeinem Orte (§. 308.) gezeigt werden. Eine vermuthete Einwilligung findet alſo vielmehr in den Fällen ſtatt, wo die erforderliche wirkliche Einwilligung zwar in

68) Das Lächerliche dieſer Theorie hat ſchon nach Würden gerügt der gelehrte Herr Prof. Weber in dem vorhin angeführten vortreflichen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24.

69) Den Unterſchied zwiſchen Fiction und Präſumtion habe ich im erſten Theil dieſes Commentars §. 40. S. 266. auseinander geſetzt.

70) Man vergleiche Reinhards Sammlung juriſt. philoſoph. und kritiſcher Aufſätze 1. Bandes 5. St. Nr. I. S. 311.

in facto nicht völlig erwieſen, aber doch den Umſtänden nach wahrſcheinlich iſt [71]. Die Gründe, aus denen eine ſolche Einwilligung geſchloſſen werden kann, ſind 1) die bekannte Denkungsart eines Menſchen, oder die Regel, die er in ſeinen Handlungen zu beobachten gewohnt iſt; 2) Der Grundſatz: daß ein Jeder dasjenige bewilligen werde, was ihm nützlich iſt; 3) Die Regel, wer zu etwas ſeine Einwilligung gegeben hat, wird auch alles billigen, was aus dem Bewilligten folgt, oder unzertrennlich damit verbunden iſt, oder, wie ſich andere ausdrücken: Wer den Zweck will, wird vermuthlich auch die Mittel billigen, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann. Zuweilen vermuthen die Geſetze auch die Einwilligung einer Perſon 4) wegen des Verhältniſſes, in welchem man mit derſelben ſtehet. Dieß iſt der Fall bey einem vermutheten Auftrage, wovon ich zu ſeiner Zeit (§. 388.) handeln werde,

§. 292.

Ein Vertrag erfordert mehr als eine Perſon. In wiefern gelten Verträge zwiſchen Vater und Kindern? Was ſind Tractaten und Punctationen?

Ein Vertrag iſt ein angenommenes Verſprechen. Es werden alſo wenigſtens zwey Perſonen dazu erfordert: der

71) Auſſer der von unſ. V. angeführten Abhandlung des Hrn. Geh. Trib. R. Höpfners, ſind noch folgende Schriften zu bemerken: *Io. Iac.* QUISTORPII de conſenſu iuris naturalis praeſumto libellus. *Roſtochii et Lipſiae* 1755. 8. et *Chriſtph. Frid.* SCHOTT Diſſ. conſenſus praeſumtus cum quaſi-contractibus e iure naturae proſcriptus. *Tubing.* 1755. in EIUS *diſſertat. iur. naturalis,* Erlangae 1784. edit. Tom. I. Nr. IV. pag. 117. ſqq.

der Verſprechende, und der, dem verſprochen wird. Denn niemand kann mit ſich ſelbſt paciſciren. Hieraus folgt, daß nach Römiſchen Rechte auch zwiſchen ſolchen Perſonen keine Verträge beſtehen können, welche vermöge rechtlicher Fiction als eine Perſon angeſehen werden, ich meine, zwiſchen dem Vater und den Kindern, die noch unter ſeiner Gewalt ſtehen [72]). Zwar kann der filius familias nach Römiſchen Rechten ſich andern Perſonen dergeſtalt gültig verbinden, daß ſchon während der väterlichen Gewalt gegen ihn ſelbſt eine Klage Statt findet [73]). Allein aus einem Vertrage zwiſchen dem Vater und ſeinem filiusfamilias kann wegen Einheit der Perſon keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit entſtehen [74]). Es finden jedoch ſchon in dem Römiſchen Rechte hiervon Ausnahmen Statt. Hat nämlich der filiusfamilias ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe, ſo kann er darüber mit ſeinem Vater gültig paciſciren [75]). Denn in Anſehung dieſer Güter wird er wie

72) §. 6. *I. de inutil. ſtipulat.* *L.* 50. *D. ad SCtum Trebell.* *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. VIII. Illat. 6. p. 326.

73) §. 6. *I. cit.* *L.* 39. *D. de obligat. et action.* *L.* 44. *D. de pecul.* *L.* 5. *D. Quod cum eo, qui in alien. poteſtat.*

74) *Jo. Dom.* MARTUCIUS variar. Explanation. iuris Lib. I. c. 34. Daß jedoch eine natürliche Verbindlichkeit zwiſchen dem Vater und ſeinen Kindern auch nach Römiſchen Rechten Statt finde, erhellet aus der *L.* 38. *D. de condict. indeb.* S. FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. VIII. pag. 327. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 87. S. 397. und dieſen Commentar Th. II. §. 132. S. 203. Not. 2.

75) *L.* 2. *pr. D. de contrab. emt. vendit.* Inter patrem et filium contrahi emtio non poteſt, ſed *de rebus caſtrenſibus* poteſt. *Io. Flor.* RIVINUS in Diſſ. de emtione atque uenditione patris et liberorum in poteſtate eius exiſtentium. *Lipſiae* 1724.

wie ein paterfamilias angeſehen. Ob in Abſicht auf das peculium adventitium extraordinarium ein gleiches zu behaupten ſey, iſt zweifelhaft. Die meiſten Rechtsgelehrten [76]) glauben dieſes aus dem Grunde, weil dem Hausſohne über ein ſolches peculium die freye Diſpoſition unter den Lebendigen ſo gut als über das caſtrenſiſche Sondergut zuſtehet [77]). Allein andere halten demohngeachtet die Verträge zwiſchen Vater und Sohn über das peculium adventitium irregulare für ungültig [78]). Soviel iſt gewiß, daß wenn der Vater ſeinen Kindern die Früchte ihres peculii adventitii ordinarii überläßt, die Schenkung ſelbſt nach Röm. Rechte gültig ſey [79]), und daß zwiſchen emancipirten Kindern und dem Vater, desgleichen zwiſchen Kindern und der Mutter gültige Verträge geſchloſſen werden können, iſt vollends auſſer allem Zweifel [80]). Ob übrigens jene Grundſätze des Röm. Rechts noch heutiges Tages anwendbar ſind, iſt unter den neuern Rechtsgelehrten ſtreitig.

Ich

76) HAHN ad Weſenbecium h. t. Nr. V. in fin. VINNIUS ad §. 6. I. de inutil. ſtipulat. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 42. BOECKELMANN Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 18. in fin. RENZ D. de mixtura iur. Rom. et Germ. in mater. de patr. poteſtat. §. 20. TITIUS in Diſſ. de contractibus patris et liberor. in poteſtate eius exiſtentium §. 39. ſqq. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 589. u. a. m.

77) *Nov. CXVII. cap.* 1. §. 1.

78) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 44. FABER in Rational. ad L. 2. D. de contrah. emt. vendit. und Ludw. Fried. Grieſinger im Commentar über das Herzogl. Wirtembergiſche Landrecht IV. Band S. 1125. f.

79) *L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae liber.*

80) MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 16.

Ich bin noch immer der verneinenden Meinung, die ich an einem andern Orte dieſes Commentars[81]) vertheidiget habe, und wundere mich ſehr, wie unſer Verf. des oben (§. 138.) vorgetragenen Grundſatzes: *unitas perſonae inter filium et patrem hodie ceſſat ſimul cum iuribus ex unitate profluentibus*, hier ſo ganz uneingedenk habe ſeyn können.

Aus dem Begriff eines Vertrags ergiebt ſich weiter, daß bloße Vorſchläge und Anerbietungen, die auf Schlieſſung eines Vertrags abzwecken, von dem andern aber, dem ſie geſchehen, noch nicht angenommen worden, noch kein Vertrag ſind. Man nennt vielmehr dergleichen Unterhandlungen bloße Tractaten, und ſie ſind unverbindlich, weil die Annehmung von der andern Seite fehlt, mithin noch keine wechſelſeitige übereinſtimmende Einwilligung vorhanden iſt, wenn gleich der Gegenſtand derſelben dem andern ſchon vorläufig in der Hofnung, daß der Vertrag noch zu Stande kommen werde, wäre eingehändiget worden[82]). Man vermiſche jedoch damit nicht die vorbereitenden Verträge künftiger Contracte, z. B. pactum de mutuo dando, wenn mir Jemand verſprochen hat, ein Darlehn zu geben[83]). Denn wenn gleich ſolche Verträge nach dem Röm. Rechte noch als bloße unverbindliche Unterhandlungen angeſehen werden, ſo lange der von beyden

81) Th. 2. §. 138. S. 236. f.

82) *Io. Ge.* BREMEN Diſſ. de Tractatibus von Handlungsvorſchlägen. Ien. 1681. Th. 4. Claproths Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 5.

83) *Mich.* GRASSI Diſp. de pacto futuri contractus praeparatorio. *Tübingae* 1688.

Seiten getroffenen Verabredung dasjenige noch nicht hinzugekommen iſt, was als das Zeichen des vollkommenen Contracts erfordert wurde, z. B. die Uebergabe bey einem Real-Contract [84]), ſo iſt es doch nach heutigen Rechten ausgemacht, daß jeder Vertrag, mit einem andern einen Contract eingehen zu wollen, verbindlich ſey, wenn die Puncte des künftig einzugehenden Contracts beſtimmt genug ſind [85]); weil ein bloßer Vertrag heutiges Tages die nämlichen Wirkungen hat, welche bey den Römern die Stipulation hatte [86]). Aus ſolchen präparatoriſchen Verträgen kann alſo auf die Erfüllung des Verſprechens durch völlige Berichtigung des Contracts, und, wo dieſe nicht zu erhalten wäre, auf Erſetzung alles durch dieſe Treubrüchigkeit verurſachten Schadens geklagt werden [87]).

Mit

84) *L.* 3. *Cod. de rer. permutat.*

85) *Io. Iac. de* LIER D. pactum praeparatorium actionem producens et non producens. *Altorf.* 1716. *Aug. Gottl.* PETERMANN Diſp. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. *Lipſiae* 1730. WERNHER Select. Obſervat. for. T. I. P. III. Obſ. 97. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXIX. med. 6. et 7. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 763. Nr. 5. Grieſinger im Commentar über das Wirtembergiſche Landrecht 1. Band §. 6. S. 11. f.

86) Daß nach dem Röm. Recht eine Stipulatio de mutuo dando, de permutando u. d. den Verſprecher verbindlich machte, und eine Klage gegen ihn bewirkte, beweiſen *L.* 68. *D. de Verb. obligat. L.* 3. *Cod. de rer. permutat.*

87) COCCEJI Ius civ. controv. h. t. Qu. 11. Claproth in der angef. Rechtswiſſenſchaft §. 5. S. 9. In einem ſolchen Falle iſt *actio ex pacto de mutuo contrahendo, de commodando* u. ſ. w. anzuſtellen. S. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 8. Schmids Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von

Kla-

Mit bloßen Tractaten iſt ferner der erſte vorläufige Entwurf eines Contracts, oder die Punctation nicht zu verwechſeln [88]). Dieſe enthält die weſentlich verabredeten Puncte, woraus hernach ein förmlicher Contract verfaßt werden ſoll. Iſt dieſelbe mit der Partheyen Unterſchrift verſehen, und gründet ſie ſich auf eine nach allen Erforderniſſen abgeſchloſſene Verabredung, ſo dient ſelbige nicht nur zum Beweiß, ſondern ſie iſt auch verbindlich [89]), und kann nicht anders davon abgewichen werden, als wenn ausdrücklich verabredet iſt, daß ehe der Contract nicht ins Reine gebracht worden, kein Theil daran gebunden ſeyn ſolle [90]).

§. 293.

Klagen 3. Th. §. 763. Anderer Meinung, wiewohl ohne genugſamen Grund, ſind jedoch LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 68. GRASSUS cit. Diſputat. §. 33. ſqq. MADIHN in Princip. iur. Rom. P. I. §. 84.

88) *Pet.* MÜLLERI Diſſ. de Minuta vulgo von Punctationen. *Ienae* 1690. *Henr.* HILDEBRANDI Diſſ. de punctationibus vulgo von Entwürfen oder erſten Aufſätzen. *Altdorf.* 1699.

89) Klaproth a. a. O. Hiermit ſtimmt auch das allgemeine Preußiſche Geſetzbuch 1. Th. 5. Tit. §. 120. u. 121. überein, wo es heißt: „Eine von beyden Theilen unterſchriebene Punctation, aus welcher die gegenſeitige Einwilligung derſelben in alle weſentliche Bedingungen des Geſchäfts erhellet, iſt mit einem förmlichen Contract von gleicher Gültigkeit. Es kann alſo auf Erfüllung derſelben geklagt werden.“

90) *L. 17. Cod. de fide inſtrum.* STRYK de cautelis contract. Sect. I. cap. 6. §. 1. giebt zwar den Rath, man ſolle die Clauſel beyfügen: Und ſoll dieſe Punctation ſo lange, bis ein ſolennes Inſtrument zu Papier gebracht, *ad inſtar pleniſſimi contractus ad agendum vel excipiendum* völ-

lige

§. 293—295.

1) Vom Betruge bey Verträgen. a) Begriff und verſchiedene Eintheilungen des Dolus.

Ein Vertrag erfordert die wechſelſeitige Einwilligung der Paciscenten. Dieſe muß frey, alſo nicht durch Betrug, Irrthum, Furcht oder Gewalt veranlaßt worden ſeyn. Denn was die freie Entſchlieſſung hindert, ſtehet auch der Gültigkeit des Vertrages entgegen. Wie aber, wenn ein Betrug bey einem Vertrage vorgegangen wäre, was hat dieſer für Folgen? Um dieſe Frage gründlich zu entſcheiden, iſt es nöthig, zuförderſt den Begriff und die verſchiedenen Eintheilungen des Betrugs zu entwickeln. Hier iſt vor allen Dingen zu bemerken, daß das teutſche Wort Betrug mit dem lateiniſchen Wort *dolus* nicht einerley bedeute. Man denke z. B. an den dolus bey Verbrechen. Wer wollte es wohl einen Betrug nennen, wenn einer den andern ermordet oder beſtohlen hätte? Hier heißt dolus der Vorſatz, ein Strafgeſetz zu übertreten. Von dieſem dolus iſt der Betrug bey Verträgen ganz verſchieden [91]). Dieſer iſt jederzeit mit einer Simulation verbunden. Denn wer ſeinen Mitcontrahenten bey einem Vertrag hintergeht, verbirgt demſelben ſtets die wahre Beſchaffenheit der Sache,

lige Kraft und Wirkung haben. Allein dieß verſtehet ſich von ſelbſt. Eine beſſere Cautel giebt Klaproth a. a. O. Not. c. S. 11.

91) Man vergleiche hier Braun vom Betruge in Verträgen, in den Erlangiſchen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1752. Nr. V. und Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen II. Band Nr. 13.

Sache, und ſucht ihn durch Verſtellung und Erdichtung falſcher Umſtände auf ſeine Seite zu ziehen. Bald legt er einer Sache, welcher er gern loß werden möchte, Eigenſchaften bey, die ſie nicht hat, oder verbirgt die Mängel und Gebrechen, die ſie an ſich trägt, ſorgfältig, und denkt nicht daran, den andern, der auf die Vollkommenheit derſelben rechnet, ohngeachtet er deſſen Irrthum weiß, davon zu benachrichtigen. Bald aber, um einer Sache, auf welche er ſein Auge geworffen hat, habhaft zu werden, weiß er durch feine Kunſtgriffe den Beſitzer nach ſeinen Abſichten zu ſtimmen, und deſſen Gemüth durch die rege gemachte Hofnung eines zu erwartenden Vortheils, oder Furcht eines bevorſtehenden Schadens in die Lage zu verſetzen, die er haben will. In Beziehung auf Verträge hat daher unſer Verf. den Dolus ganz richtig definirt, wenn er ſagt: *Eſt propoſitum alicui ſub fictitiis bonorum vel malorum repraeſentationibus damnum inferendi.* Hier iſt alſo Betrug die vorſetzliche Erweckung oder Unterhaltung einer unrichtigen Vorſtellung bey einem andern, um ihn zu einem nachtheiligen Entſchluß zu beſtimmen. Da alſo nicht aller Dolus, ſondern nur vorzüglich der Betrug bey Verträgen ſich durch Verſtellung äußert, ſo ergiebt ſich hieraus, daß der letztere nur eine Gattung vom Dolus ſey. Was heißt nun aber *Dolus* überhaupt [92])? Im weitläuftigen Verſtande

92) *Pet. Velez de* GUEVARRA Tr. de definitione doli mali. *Salmant.* 1569. *Ge.* NOODT de forma emendandi doli mali, in contrahendis negotiis admiſſi, apud veteres, liber. und beſonders *Chriſt. Guil* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principiorum et cauſarum damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque, quod intereſt, ratione, praeſtandi, *Lipſiae* 1795. 8. Cap. II. §. 4. pag. 27. ſqq.

ſtande wird der Vorſatz, einem andern zu ſchaden, oder eigentlich jede Handlung, wodurch man dem andern wiſſentlich ſchadet, Dolus genennt, und in dieſer Bedeutung kann der dolus entweder *bonus* oder *malus* ſeyn, je nachdem man dadurch entweder einen erlaubten oder unerlaubten Endzweck zu erreichen ſucht. So z. B. iſt es eine erlaubte Verſtellung, wenn man dadurch von ſeinem Schuldner, dem der Concurs bevorſtehet, ſeine rechtmäßige Forderung, obwohl nicht ohne Nachtheil anderer vorzüglicher Gläubiger, zu erhalten [93]), oder ſeine Sache um einen höhern Preis, als ſie werth iſt, an den Mann zu bringen geſucht hat, wenn nur in dieſem letztern Falle das Verhältniß zwiſchen dem Preiß und dem Werthe der Sache nicht ſo ungleich iſt, daß eine Verletzung über die Hälfte daraus entſtehet [94]). Auf dieſen dolus bonus beziehen ſich unſtreitig die Worte Ulpians, wenn dieſer [95]) ſagt: Poſſe et *ſine dolo malo* aliud agi, aliud ſimulari, ſicut faciunt, *qui per eiusmodi diſſimulationem deſerviunt et tuentur vel ſua vel aliena*, denn bald nachher [96]) gedenkt er dieſes Dolus namentlich, und bemerkt dabey, daß die Alten darunter eine erlaubte Klug-

93) *Sibi enim vigilavit creditor*, ſagt Ulpian *L. 6. §. 7. D. Quae in fraud. creditor.*

94) Daher ſagen die Geſetze: in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumvenire usque ad dimidium. *L. 16. §. pen. D. de Minor. XXV. ann. L. 22. §. ult. D. Locati. L. 8. Cod. de Reſcind. vendit.* Beyſpiele vom dolus bonus geben CICERO de offic. Lib. III. c. 12. und LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LIX. medit. 1. et 2.

95) *L. 1. §. 2. D. de dolo malo.*

96) *§. 3. cit. L.*

Klugheit (*Solertiam*) verſtanden hätten [97]). Soviel nun den dolus malus betrift, ſo kann dieſer entweder ein wahrer (dolus verus) oder ein vermutheter (dolus praeſumtus) ſeyn. So z. B. vermuthen die Geſetze bey dem Vormunde einen Dolus, wenn derſelbe nicht gleich nach übernommener Vormundſchaft zur Errichtung eines Inventariums ſchreitet [98]). Eben ſo wird bey einer jeden an ſich unerlaubten Handlung die böſe Abſicht vermuthet, wenn nicht ihr Urheber eine ſcheinbare unſchuldige Urſache davon angeben kann [99]). Daß jedoch dieſe Vermuthung zum

97) *Ev.* OTTO Diſſ. de dolo bono ad L. 1. §. 3. D. de dolo mal. (EJ. *Diſſertat.* Nr. 10.) *Io. Chriſt.* WINTER Diſſ. de eo quod iuſtum eſt circa dolum bonum. *Helmſt.* 1716.

98) *L. 7. pr. de admin. et peric. tutor.* Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *Inventarium* appellatur, *dolo feciſſe videtur*, niſi forte aliqua neceſſaria vel iuſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit. Mehrere Beyſpiele geben *L.* 36. *D. de Pecul. L.* 8. §. 9. et *L.* 44. *D. Mandati* (über welches letztere Geſetz KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. §. 1. nachzuſehen) *Cap.* 2. *X. de Depoſito.* Ganz ohne Grund verwerfen daher dieſe Eintheilung WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Diſp. XIII. §. 29. *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XI. §. 7. und DOMPIERRE *de* JONQUIERES in Specim. de Reſtitutionibus in integrum Tit. 3. §. 8. Aus der bloſen Unterlaſſung einer Pflicht, läßt ſich jedoch im Zweifel ohne beſondere geſetzliche Verordnung ein Dolus nie, ſondern nur Nachläßigkeit, präſumiren. S. WEHRN c. l. pag. 28. und *Matth.* STEIN D. de dolo praeſumto in rebus per ſe licitis. *Roſt.* 1712.

99) *L.* 1. *C. ad Leg. Corn. de Sicar. L.* 5. *Cod. de iniur.* Quiſtorps Grundſätze des teutſchen peinl. Rechts 1. Th. §. 34. Bey Handlungen, die an ſich erlaubt ſind, läßt ſich kein Dolus

zum Erkenntniß einer peinlichen Strafe nicht genüge, verſtehet ſich von ſelbſt [100]). Der wahre Dolus iſt entweder *dolus ex propoſito* ſive *perſonalis*, wenn ich gleich Anfangs und ſchon vor unternommener Handlung wußte, daß ſie dem andern ſchädlich ſeyn würde, und ſolche in der Abſicht unternommen habe, um dem andern dadurch zu ſchaden [1]); oder *dolus ex re* ſive *realis*, wenn ich erſt nach unternommener Handlung erfahre, daß ich dem andern dadurch geſchadet habe, gleichwohl aber dieſe unbillige Verletzung abzuſtellen mich weigere [2]). Erſterer iſt wieder von zweierley Art. Er äuſſert

lus vermuthen, ſondern muß von demjenigen, welcher ihn behauptet, erwieſen werden. *L.* 18. §. 1. *D. de probat.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet. Add. *L.* 6. *C. de dolo.* Sehr ausführlich hat hiervon MASCARDUS de Probationibus Vol. II. Concluſ. 532. gehandelt.

100) Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 22. Kleinſchrods ſyſtemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 25.

1) Auf dieſen dolus ex propoſito paßt eigentlich nur die Definition des Labeo *L.* 1. §. 2. *D. de dolo*, wo es heißt: *Dolum malum* eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Ueber dieſen Begriff iſt viel geſtritten. Vergleiche HOTTOMANNUS Obſervat. Lib. 1. c. 10. BACHOVIUS ad τα πρῶτα tit. de dolo mal. n. 2. HUBER Digreſſ. iur. Iuſtin. Lib. III. c. 25. DOMPIERRE c. l. Tit. 3. §. 5.

2) *L.* 7. §. 11. *D. de pact.* Sive autem ab initio dolo malo pactum factum eſt, ſive *poſt pactum* dolo malo aliquid factum eſt, nocebit exceptio. Siehe über dieſe Stelle die Sammlung der Röm. Geſetze S. 26. und KOEHLER Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. V. §. 4. pag. 37. Ein Beyſpiel

äuſſert ſich entweder mit oder ohne Verſtellung. Im erſteren Falle wird der Dolus ein heimlicher (dolus clandeſtinus) im andern aber ein öffentlicher (dolus manifeſtus) genennt [3]). Erſterer iſt der gewöhnliche Betrug bey Verträgen [4]), letzterer aber der gewöhnliche Dolus bey Verbrechen [5]). Der Betrug bey Verträgen iſt entweder

ſpiel giebt *L.* 1. §. *ult. D. Depoſ.* Vergleiche auch *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. P. II. Conſil. LXVII. n. 16. pag. 233. Zuweilen wird auch *dolus ex re* genennt, wenn man von dem andern wiſſentlich etwas verlangt, was gegen Recht und Billigkeit iſt. Dolo enim facit, ſagt *L.* 2. §. 5. *D. de doli mali et met. except.* quicunque id, quod quaqua exceptione elidi poteſt, petit. Add. *Cap.* 59. *de Reg. iur. in VIto.* S. WEHRN cit. loc. §. 4. pag. 32. not. 50.

3) Auf dieſe Eintheilung beziehen ſich die Worte Ulpians *L.* 1. *§.* 2. *D. de dolo:* Poſſe et *ſine ſimulatione* id agi, ut quis circumveniatur. S. *Io. Hartw.* REUTERI Diſſ. de doli incidentis et cauſam dantis in contractibus effectu, praeſ. NETTELBLADT. *Halae* 1744. defenſa §. 5. u. 8.

4) Daher ſagt Pedius beym Ulpian *L.* 7. *§.* 9. *D. h. t.* ein Vertrag ſey betrügeriſch, wenn man in der Abſicht, den andern zu vervortheilen, ihn etwas glauben macht, was falſch iſt, (*quoties, circumſcribendi alterius cauſa, aliud agitur, et aliud agi ſimulatur.*) Ein treffendes Beyſpiel hiervon erzählt CICERO de Offic. Lib. III. c. 14.

5) Zuweilen kann jedoch auch der dolus bey Verbrechen mit Simulation verbunden ſeyn. Man denke hier an den heimtückiſchen, verrätheriſchen Mord (homicidium proditorium) welcher hinterliſtig durch verſteckte und betrügeriſche Mittel, ja wohl gar unter dem Schein der Freundſchaft verübt wird. Man denke ferner an die verſchiedenen Arten des criminis falſi.

der *dolus cauſam dans*, wenn derſelbe den Grund von dem ganzen Vertrag enthält, ſo daß ohne denſelben der Vertrag gar nicht wäre geſchloſſen worden, oder *dolus incidens*, wenn ſelbiger nur die gegenwärtige Modification des Vertrags veranlaßt hat, ſo daß zwar der Betrogene dennoch würde contrahirt haben, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, aber nur nicht auf die Weiſe, wie der Vertrag nun des Betrugs wegen abgeſchloſſen worden iſt [6]). Z. B. ich würde eine gewiſſe Sache auf jeden Fall gekauft haben, allein das betrügeriſche Vorgeben des Verkäufers, das dieſelbe eine beſondere Eigenſchaft habe, verleitete mich, einen höhern Kaufpreis dafür zu bezahlen. Verſchiedene Rechtsgelehrte wollen zwar mit **Gerhard Noodt** [7]) dieſe Eintheilung verwerfen, und es für einerley halten, ob der Betrug zur Eingehung eines Vertrags die

6) Man vergleiche hier vorzüglich Nettelbladts angeführte Diſſertation §. XIII. ff. Die meiſten ältern Rechtsgelehrten vor Nettelbladt haben den Begriff vom dolo cauſam dante in zu enge Gränzen eingeſchloſſen, wenn ſie dazu erfordern, daß einer, der nicht die Abſicht hatte, einen Vertrag einzugehen, durch liſtige Ueberredungen dazu müſſe verleitet worden ſeyn. Man ſehe nur die Beſchreibungen Kurrers in Diſſ. de dolo cauſam dante und Hubers in Praelect. iur. civ. T. II. Lib. IV. Tit. 3. Digeſtor. §. 4. Allein daß es Fälle geben könne, wo auch ein Contrahent, der den andern zur Schließung des Vertrags nicht verführt, ſondern bey dem ganzen Handel nur die Rolle des Verſchwiegenen geſpielt hat, ſich eines doli cauſam dantis ſchuldig machen könne, hat Gmelin in der oben angeführten ſchönen Abhandlung von den Folgen des Betrugs bey Verträgen §. 90. gezeigt, und §. 96. mit einem merkwürdigen Beyſpiel erläutert.

7) de forma emend. doli mali cap. 3. et 7. ſqq.

die Veranlaſſung gebe, oder nur bey Gelegenheit deſſelben begangen werde, weil in dem einen, wie in dem andern Falle, der Vertrag nichtig ſey [8]). Allein wenn gleich die gebrauchte Terminologie eine doctrinelle Erfindung iſt, ſo iſt doch die Eintheilung ſelbſt in den Geſetzen allerdings gegründet, wie unſer Verfaſſer in der Not. k. ſehr richtig bemerkt hat [9]). Die Worte der daſelbſt angeführten *L. 7. pr. D. de dolo*: nullam eſſe venditionem, ſi *in hoc ipſo, ut venderet*, circumſcriptus eſt, geben den Begriff vom dolus cauſam dans ſo deutlich an, daß **Noodt**, um die Schwierigkeit zu heben, ſich nicht anders, als durch den ſinnreichen Einfall, zu helfen weiß, daß jene Worte nicht vom **Ulpian**, ſondern ein unächter Zuſatz eines unverſtändigen Gloßators wären [10]). Man kann ihm aber bey der genauen Uebereinſtimmung der Leſeart in allen Ausgaben und Handſchriften der Pandecten [11]) und bey der völlig gleich-

8) *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Digeſtor. Lib. IV. Tit. 3. §. 4. *Ioan.* WOLBERS Obſervation. decad. (*Groening.* 1736. 4.) Cap. 4. et 5. (adj. *Pet. de* TOULLIEU *Collectan.*) DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Reſtitutionibus in integrum Tit. 3. §. 23. ſqq. GUNDLING in Protis Digeſtor. lib. IV. Tit. 3. §. 4. ſqq. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 38. Braun in der Abh. vom Betrug in Verträgen S. 39. f. *Burch. Chriſt.* BEHR Diſſ. de actione doli mali §. 8. Claproth in der Rechtswiſſenſchaft von vorſichtiger Eingehung der Verträge §. 6. S. 14.

9) S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 474.

10) S. NOODT de iuriſdictione et imperio Lib. I. cap. 14. und de form. emend. doli mal. cap. 14.

11) Noodt kann ſelbſt nicht läugnen, daß die Worte, welche er als ein Gloſſem wegſtreichen will, in den Florentiniſchen

gleichlautenden griechiſchen Ueberſetzung dieſer Stelle in den Baſiliken [12]) um ſo weniger hierin beyſtimmen, als wirklich bey richtiger Erklärung derſelben, nicht wohl einzuſehen iſt, warum die angeführten Worte mit dem Ganzen keinen Zuſammenhang haben, ſondern den Sinn **Ulpians** entſtellen ſollten. Man betrachte nur die Stelle in ihrem ganzen Zuſammenhange. Sie lautet ſo: Et eleganter POMPONIUS haec verba: *Si alia actio non ſit*, ſic excipit, quaſi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poterit. Nec videtur huic ſententiae adverſari, quod IULIANUS libro quarto ſcribit, ſi minor annis viginti quinque, conſilio ſervi circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem. Hoc enim ſic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non poſſit: aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem: nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere. **Ulpian** bemerkt hier bey den Worten des Edicts de dolo malo: *Si alia actio non ſit*, *iudi-*

ſchen Pandecten geleſen werden, und auch in den beſten Ausgaben des Hugo a Porta, Blaublommius, Vintimillius, Robert Stephanus, Ruſſardus, Charondas, und Petrus *ab Area Baudoza* ſtehen ſie ebenfalls.

12) In den *Baſilicis* Lib. X. Tit. 3. Tom. I. pag. 599. lauten die Worte folgendermaßen: ἢ ἄκυρός ἐϛιν ἡ πρᾶσις, ἐὰν εἰς αὐτὸ τὸ πωλῆσαι γέγονεν ὁ δόλος; d. i. nach der Fabrottiſchen Ueberſetzung: aut irrita eſt venditio, ſi in hoc ipſo, ut venderet, dolus adhibitus ſit.

iudicium dabo, daß **Pomponius** ſolche zwar ganz richtig ſo verſtehe, wenn zur Erhaltung der Sache demjenigen, welchem ſie gehört, kein anderes Rechtsmittel übrig iſt, dann könne ſich derſelbe der actionis de dolo bedienen; es ſey jedoch dieſe Erklärung nicht auſſer allem Zweifel. Denn es ſcheine ihr entgegen zu ſtehen, wenn **Julian** ſchreibt, ein Minderjähriger, der durch liſtige Ueberredung ſeines Sklavens wäre verleitet worden, dieſen mit dem Pekulium zu verkaufen, könne, wenn ihn der Käufer freygelaſſen hätte, auch gegen den Freygelaſſenen die actionem de dolo anſtellen. Daraus könnte man ſchließen, daß nach **Julians** Meinung dem Betrogenen die actio doli zuſtehe, wenn er gleich durch eine andere Klage das Seinige erhalten könne. Denn entweder hat der Käufer an dem Betruge des Sklavens Antheil genommen, oder nicht. Im erſtern Falle kann ja die actio venditi gegen den Käufer angeſtellet werden; im andern Falle aber könnte der Verkäufer ſeiner Minderjährigkeit wegen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſuchen. **Ulpian** begegnet nun dieſem Zweifel auf folgende Art. **Julian**, ſagt er, ſetzt den Fall voraus, daß der Käufer von dem Betruge des Sklavens nichts gewußt hat. Denn wäre der Käufer ebenfalls in dolo, ſo würde freylich die actio venditi wider denſelben angeſtellet werden müſſen [13]); oder, eigentlich zu reden, der Kauf ipſo iure null und nichtig ſeyn [14]), wenn dieſer Dolus den Grund

 vom

13) Schon Accurſius hat angemerkt, daß die Worte: *ut ex emto teneri non poſſit*, von der actione venditi zu verſtehen ſind.

14) Dieſe Erklärung beſtätigen die *Baſilica* a. a. O. wo es nach der Fabrottiſchen Ueberſetzung heißt: *Nam ſi dolo non careat emtor*

vom ganzen Contract enthalten ſollte[15]). Gilt nun der Kauf in dieſem Falle nicht, ſo iſt auch die Manumißion ungültig[16]). Es kann alſo hier die actio doli gegen den Freygelaſſenen auf keine Weiſe Statt finden. Wäre hingegen der Käufer des Sklavens an dem Betruge deſſelben unſchuldig, ſo iſt der Kauf an ſich gültig, und gegen den Käu-

emtor, tenetur actione ex emto; aut irrita eſt venditio etc. Nach den Worten: *aut nullam eſſe venditionem*, iſt alſo das Wort *dicemus* in Gedanken zu ergänzen, welches auch in der *L. 12. §. 9. D. Mandati* und in mehreren andern Stellen weggelaſſen, und der Infinitivus allein geſetzt worden, wie *Io.* CANNEGIETER ad Ulpian. pag. 112. et 139. bemerkt. Siehe auch *Pet. ab* AREA BAUDOZA, RUSSARDUS und CHARONDAS ad L. 7. cit.

15) Verſchiedene Rechtsgelehrte, welche zwar die Worte: *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*, für kein Gloſſem halten, glauben wenigſtens, daß ſolche ohne Emendation nicht beſtehen könnten. JENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. pag. 22. will daher ſtatt AUT vielmehr *haut* oder *haud* leſen, und die Worte ſo erklären, Julian habe alſo keinen ſolchen Fall vorausgeſetzt, wo der Verkauf des Betrugs wegen ipſo iure nichtig iſt. WOLBERS in Obſervat. cap. 5. pag. 25. hingegen ſtreicht das *aut* ganz weg, und lieſet ſtatt ſi in hoc ipſo, ut venderet, vielmehr *ſi ab hoc ipſo, ut venderet, circumſcriptus eſt*. Allein alle dieſe Emendationen ſind unnütz. Man ſehe vorzüglich *Io. Bern.* KOEHLERI Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. Cap. 5. §. 8. pag. 45. ſqq.

16) So CUJACIUS ad L. 7. WISSENBACH Exercit. ad Pandect. Diſputat. XIII. §. 34. p. 108. und POTHIER in Pandectis Iuſtinian. T. I. Tit. de dolo malo nr. XII. Not. a. b. et c. pag. 136. Anderer Meinung iſt jedoch *Ant.* FABER in Rational. ad Pandect. h. L. T. I. pag. 472.

Käufer findet gar keine Klage Statt. Es kann aber auch in dieſem Falle gegen den Freygelaſſenen keine andere Klage, als die actio de dolo, angeſtellet werden; denn, daß der Verkäufer minderjährig iſt, kommt hier nicht in Betrachtung, weil gegen eine gültig geſchehene Freylaſſung kein Wiedereinſetzungsgeſuch in den vorigen Stand rechtliches Gehör findet. Julians Meinung ſey alſo der Erklärung des Pomponius auf keine Weiſe entgegen. So wie nun dieſes Geſetz den Begriff und die Wirkung des doli cauſam dantis auſſer allen Zweifel ſetzt, ſo fehlt es auch nicht an Geſetzen, welche die Idee und Wirkung eines ſogenannten doli incidentis angeben. So heißt es z. B. in der *L.* 13. §. 4. *D. de actione emti venditi:* Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus eſt, aut de peculio, emti eum iudicio teneri, ut praeſtaret emtori, quanto pluris ſervum emiſſet, ſi ita peculiatus eſſet, vel ab eo artificio inſtructus. Hier iſt von einem ſolchen Falle die Rede, wo der Dolus des Verkäufers nicht zu dem Kauf ſelbſt, ſondern nur zu der gegenwärtigen Modification deſſelben Anlaß gegeben hatte, und die Klage, die deshalb dem Käufer gegeben wird, gehet nicht auf Annullation des ganzen Kaufs [17].

§. 296.

b) Von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen.

Wenn nun die Frage entſtehet, was der Betrug bey Verträgen für Folgen habe? ſo iſt vor allen Dingen darauf zu ſehen, ob ein Contrahent den andern hintergangen, oder ob ein

17) Nettelbladt in der angeführten Diſſertation §. 17. p. 22.

ein Dritter den Betrug geſpielet habe. Im erſtern Falle ſind entweder von beyden Seiten Betrügereyen vorgefallen, oder nur der eine Mitcontrahent allein iſt Urheber von dem beym Vertrage geſpielten Betrug. In jenem Falle hebt ſich die gegenſeitige Verbindlichkeit durch Compenſation dergeſtalt, daß keiner von beyden gegen den andern klagen kann [18]). Iſt alſo der Vertrag noch nicht vollzogen, ſo kann kein Contrahent gegen den andern auf Erfüllung deſſelben klagen [19]); iſt hingegen der Handel von beiden Seiten ſchon erfüllet, ſo kann keiner von dem andern wegen des Betrugs Entſchädigung verlangen [20]). Den Grund hiervon giebt

18) *L. 36. D. de dolo malo:* Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. *L. 3. §. 3. D. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio ſiſt.* Si et ſtipulator dolo promiſſoris, et promiſſor dolo ſtipulatoris impeditus fuerit, quominus ad iudicium veniret: neutri eorum Praetor ſuccurrere debebit, ab utraque parte dolo compenſando. WEHRN cit. lib. cap. II. §. 5. pag. 38.

19) *L. 57. §. 3. D. de contrab. emt.* Quodſi uterque ſciebat, et emtor et venditor, domum eſſe exuſtam totam, vel ex parte, nihil actum fuiſſe, dolo inter utramque partem compenſando; et iudicio, quod ex bona fide deſcendit, dolo ex utraque parte ueniente, ſtare non concedente. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. und NOODT de forma emend. doli mali cap. XI. wollen zwar in dieſer Stelle nichts als Ungereimtheiten und Widerſprüche finden, und halten daher dieſelbe für verfälſcht; allein man ſehe DOMPIERRE DE IONQUIERES Specim. de reſtitution. in integrum Tit. III. §. 26. und Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth, und Erbzinskontract §. 56. S. 57.

20) Der Kläger, dem die exceptio doli entgegen geſetzt wird, kann ſich wegen des gegenſeitigen Dolus mit keiner Replik helfen.

giebt **Labeo** beym **Ulpian** [21]) an, wenn er ſagt: iniquum eſſe, communem malitiam petitori quidem praemio eſſe; ei vero, cum quo ageretur, poenae eſſe: cum longe aequiſſimum ſit, ex eo, quod perfide geſtum eſt, actorem nihil conſequi. Es kommt bey dieſer Compenſation auch nicht in Betracht, ob der gegenſeitige Schade gleich groß iſt; nein, wenn beyde Theile einander hintergangen haben, ſo kommt, wie **Ulpian** [22]) ſagt, immer derjenige am beſten weg, welcher den Vortheil in Händen hat. Man ſetze alſo, A. habe in einem Tauſchhandel mit dem B. für ein Pferd, welches einen, nur dem erſtern allein bekannten, geheimen Hauptmangel hatte, alte verlegene Waaren, ſtatt der verſprochenen friſchen, erhalten; hier kann kein Theil gegen den andern auf Schadenserſatz, noch auf Nichtigkeit des Contracts klagen [23]). Iſt nun aber nur der

ſen. *L.* 4. §. 13. *D. de doli mali et met. except.* Denn wenn beyde Contrahenten einander betrogen haben, ſo findet auf keiner Seite eine Verbindlichkeit ſtatt. *L.* 34. *§.* 3. *D. de contrah. emt.* S. *Gebh. Chriſt.* BASTINELLER Diſſ. de pari turpitudine. *Vitemb.* 1734. §. 6. und *Six. Iac.* KAPFF Diſſ. de compenſatione circa maleficia vel quaſi. *Tübing.* 1778. §. 12.

21) *L.* 4. *§.* 13. *D. de doli mali et met. exc.* Man vergleiche vorzüglich IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. p. 458. und KAPFF cit. Diſſert. §. 13.

22) *L.* 154. *D. de Reg. iur.* Cum par delictum eſt duorum, ſemper oneratur petitor, et melior habetur poſſeſſoris cauſa, ſicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori, *aut ſi rei quoque in ea re dolo actum ſit*.

23) S. TITIUS in Obſervat. ad LAUTERBACHII compend. iur. Lib. XLIV. Tit. IV. Obſ. 1131. In dem allgemeinen Geſetzbuch für die preuß. Staaten I. Th. Tit. V. §. 357.

der eine Mitcontrahent allein Urheber des bey dem Vertrage geſpielten Betrugs, ſo hat man wieder darauf Rückſicht zu nehmen, ob der dolus cauſam dans oder incidens iſt. Im erſtern Falle iſt nach dem natürlichen Rechte der ganze Vertrag nichtig. Denn der Betrogene würde ohne den vom andern Theile geſpielten Betrug gar nicht contrahirt haben. Dieſer dolus cauſam dans ſtehet alſo der Einwilligung in den Vertrag ganz im Wege, und muß folglich auch den darauf ſich gründenden Vertrag durchaus nichtig machen. Iſt hingegen der dolus nur incidens, ſo hat derſelbe nicht den Vertrag ſelbſt, ſondern nur die gegenwärtige Modification deſſelben veranlaßt. Der Hintergangene würde denſelben auch ohne den Betrug, welchen ſein Mitcontrahent geſpielt hatte, abgeſchloſſen haben. Der Betrogene hat alſo zwar in den Vertrag ſelbſt, aber nicht in die gegenwärtige Modification deſſelben gewilliget. Folglich iſt der Vertrag an ſich nicht nichtig, ſondern es kann der Betrug nur eine Nichtigkeit deſſen nach ſich ziehen, was die Modification des Handels betrift [24]). Das römiſche Recht befolgt dieſe Grundſätze nicht durchaus, ſondern macht einen Unterſchied zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Contracten. Bey den erſtern hatte der Betrug eine ganz andere Wirkung, als bey den Contracten der letztern Art. Bey den

§. 357. heißt es: „Sind von beyden Seiten Betrügereyen vorgefallen, ſo beſtehet der Vertrag, und keiner von beyden kann gegen den andern auf Entſchädigung klagen.“

24) NETTELBLADT cit. Diſſ. de doli incid. et cauſ. dant. in contract. effectu §. 28. Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, im 2. Band der gem. jur. Beobachtungen. §. 91.

den bonae fidei contractibus ſahen die Römer vorzüglich auf Billigkeit, dieſe war der Grund, daß die Contrahenten bey einem ſolchen Vertrag redlich und aufrichtig gegen einander handeln mußten. So wie ſie alſo nicht nöthig hatten, wegen eines dabey zu befürchtenden Betrugs ſich beſonders mittelſt einer ausdrücklich hierauf gerichteten Clauſel vorzuſehen [25]), ſo war es auch bey den bonae fidei iudiciis nicht einmal nöthig, den Prätor um die Formel für die Ausflucht des Betrugs zu erſuchen, oder derſelben in Iure einige Erwähnung zu thun [26]), ſie konnte auch noch bey dem Iudex pedaneus angebracht werden, welcher, da er überhaupt einen ſolchen Streit nach Recht und Billigkeit ſchlichten ſollte [27]), unſtreitig auch darüber erkennen konnte. Solche Contracte wurden alſo nicht erſt durch den Prätor wegen eines Betrugs umgeſtoſſen, die daraus entſpringenden Klagen nicht erſt durch eine prätoriſche Exception über den Haufen geworfen, ſondern durch ſich ſelbſt vernichtet [28]). Hier fanden alſo die Grundſätze des Naturrechts ihre volle Anwen-

25) *L.* 68. §. 1. *D. de contrah. emt.* Daher ſagt Ulpian in der *L.* 152. *D. de div. Reg. iur.* daß die praeſtatio doli in einem jeden contractu bonae fidei ſtecke.

26) Exceptio enim doli ipſo iure ineſt bonae fidei iudiciis. *L.* 21. *D. Soluto matrimon. L.* 84. §. 5. *D. de Legat.* I. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digeſtor. lib. IV. Tit. 3. §. 5.

27) §. 30. *I. de Actionib.* In bonae fidei iudiciis libera poteſtas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aeſtimandi, quantum actori reſtitui debeat.

28) Vortreflich hat dieſes *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 14. n. 32. ſqq. pag. 93. ausgeführt. Man vergleiche auch *Io. Matth.* MAGNI Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. *Theſ.* MEERMANN. Tom. III. pag. 268.

Anwendung. Ein dolus cauſam dans mußte daher eine Nichtigkeit für den ganzen Contract nach ſich ziehen [29]). Der Betrogene ſtellte alſo entweder die aus dem Contract ſelbſt entſtehende Klage auf deſſen Zernichtung an [30]), oder er ſchützte ſich mit der Einrede des Betrugs, wenn er aus dem betrüglichen Contract von ſeinem Mitcontrahenten belangt wurde. Jedoch erklärte der Richter wegen eines doli cauſam dantis den Contract nicht eher für nichtig, als wenn der Betrogene darauf beſtand. Denn dieſer kann auch, wenn er will, den Vertrag für beſtändig annehmen, und

29) *L. 7. pr. D. de dolo. L. 16. §. 1. D. de Minorib. L. 3. §. ult. D. pro Socio. L. 1. Cod. de reſc. vendit.* Einige ältere Rechtsgelehrten glaubten zwar, daß nach röm. Rechten der dolus keine Rechtsgeſchäfte, mithin auch nicht die bonae fidei Contracte, an ſich nichtig mache, wenn gleich derſelbe cauſam dans wäre, z. B. SUMMERMANN in Comment. ad *πρῶτα* Tit. de dolo malo §. 7. allein dieſe irrige Meinung iſt längſt widerlegt und verworfen worden. Man vergleiche hierüber BACHOVIUS ad *Treutlerum* P. I. Diſput. XXVIII. Th. 2. lit. F. VINNIUS ſelectar. iuris quaeſtion. Lib. I. cap. 12. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. FINESTRES in Hermogeniano pag. 474. VOET in Commentar. ad Pandect. tit. de dolo malo §. 3. DOMPIERRE *de* JONQUIERES cit. Specim. de Reſtitut. in integrum Tit. 3. §. 23. ſq. WEHRN cit. doctrina iuris Cap. II. §. 5. pag. 40.

30) *L. 11. §. 5. D. de action. emti vend.* Si quis *virginem* ſe emere putaſſet, cum mulier veniſſet et ſciens errare eum venditor paſſus ſit, redhibitionem quidem ex hac cauſa non eſſe, verum tamen *ex emto* competere actionem *ad reſolvendam emtionem*, ut pretio reſtituto mulier reddatur. Man ſehe über dieſe Stelle Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzins-Contract §. 397.

und mit der daraus entſpringenden Klage nur ſein Intereſſe fordern [31]). Iſt hingegen der dolus blos incidens, ſo war und blieb der Contract gültig, und der Betrogene konnte nur auf die Erſetzung des Schadens und Leiſtung des Intereſſe klagen [32]). Mit den ſtricti iuris Contracten ver-

31) *L.* 62. §. 1. *D. de contrah. emt.* Quisque enim iuri pro ſe introducto renunciare poteſt; nec aequum eſt, ut, quae in alicuius favorem conſtituta ſunt, invito eo in eius iniuriam detorqueantur. VOET ad Pandect. tit. de dolo §. 7. DOMPIERRE cit. loc. §. 26. Daher kann der Betrüger ſelbſt nie auf Zernichtung des Contracts dringen, wenn der Betrogene denſelben gehalten wiſſen will. SCHULTING ad τα πρῶτα Pandectar. lib. IV. Tit. 3. §. 8.

32) *L.* 13. §. 4. *et* 5. *L.* 32. *L.* 49. *D. de act. emt. vendit.* Z. B. wenn der Käufer durch des Verkäufers zu leicht Gewicht betrogen worden, ſo klagte er auf Nachſchuß des Abgangs der Waare *actione emti.* Denn dieſen Nachſchuß hatte er mit behandelt. War hingegen der Verkäufer durch des Käufers zu ſchwere Gewichte betrogen worden, ſo forderte er das, was der Käufer zu viel an Waare erhalten, mit der condictione indebiti oder furtiva zurück. Die actio venditi paßte hier darum nicht, weil der Verkäufer dieſen Ueberſchuß nicht mit verhandelt hatte. S. Weſtphal a. a. O. §. 776. Einen beſondern Fall eines doli incidentis enthält die angeführte *L.* 49. *pr. D. de act. emti.* Der Verkäufer eines Grundſtücks hatte zur Hintergehung des Käufers jemanden angeſtellt, der ſolches um ein ſehr hohes Geld in Pacht nehmen mußte, damit der Käufer darnach die Größe des Werths vom Grundſtück beurtheilen, und einen deſto höhern Preis dafür bezahlen möchte. Um denſelben deſto ſicherer zu machen, hatte der Verkäufer wegen des Pachts und der fünfjährigen Pachtzahlung ſelbſt Bürgſchaft übernommen. Denn Prädia pflegten bey den Römern gewöhnlich auf fünf Jahre verpachtet zu wer-

den.

verhielt ſich die Sache ganz anders. Hier hieng die Gültigkeit des Vertrags ſo ſehr von der Contractsformel ab, daß alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin feſtgeſetzt war, auch zu den Beſtimmungen deſſelben nicht gehörte, und darauf gar keine Rückſicht genommen wurde [33]). Hatte alſo bey dieſen Contracten ein Contrahent in Anſehung des Betrugs gegen den andern ſich nicht ausdrücklich vorgeſehen, ſo konnte aus dem Contract ſelbſt deßfalls nicht geklagt werden. Weil es indeſſen gegen alle Billigkeit war, wenn ein Contrahent ſich mit den Schaden des andern durch ſeinen Betrug bereichern ſollte, ſo erfand Aquilius Gallus [34]) eine eigene Formel für den Betrug, womit der Betrogene gegen ſeinen Mitcontrahenten, der unredlich gegen ihn gehandelt hatte, bald klagend auftreten, bald aber gegen die unbilligen Forderungen deſſelben ſich ſchützen konnte [35]). Von dieſem Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den

den. Deſſen ungeachtet konnte der Käufer wegen des geſpielten Dolus gegen den Verkäufer auf die Herabſetzung des Werths klagen, da die Colluſion entdeckt wurde. Die von dem Verkäufer wegen des fünfjährigen Pachts übernommene Bürgſchaft konnte dieſen nicht ſchützen. Denn geſetzt, daß auch die fünf Jahre der hohe Pacht dem Käufer bezahlet wurde, ſo erſetzte ihm dieſes dennoch den Schaden aus dem zu hoch bezahlten Kaufpretium nicht hinlänglich. FINESTRES in Hermogeniano pag. 471. ſqq. und Weſtphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 775. S. 581. haben dieſe Stelle gut erläutert.

33) *L. 126. §. 2. in fin. D. de Verb. Obligat.*

34) CICERO *de Officiis* Lib. III. cap. 14.

35) Nach der röm. Proceßordn. mußte bey den iudiciis ſtricti iuris der Beklagte, wenn er ſich gegen die erhobene Klage der Ausflucht

den vorigen Stand, welches unter dem Namen der actionis und exceptionis doli in Anwendung gebracht wurde, wird in dem dritten Titel des vierten Buchs mit mehrerem gehandelt. Der Betrug hatte alſo auf einen ſtricti iuris Contract gar keinen Einfluß, nach den Geſetzen war er vielmehr ganz gültig, nur das prätoriſche Hülfsmittel entkräftete ihn [36]). Daß dieſer Unterſchied zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Contracten in unſern Tagen von keinem practiſchen Nutzen ſey, iſt bekannt. Alle Verträge, die in Teutſchland errichtet werden, ſind ohne Ausnahme bonae fidei. Wir kennen keine Contracte, an deren Formel unſere Richter, wie der römiſche Iudex pedaneus, gebunden wären, ſondern ſie müſſen bey beurtheilung derſelben vorzüglich auch auf die natürlichen Beſtimmungen eines Vertrags Rückſicht nehmen [37]). Es finden daher bey uns

flucht des Betrugs bedienen wollte, die Formel dieſer Exception ſich von dem Prätor erbitten. Hatte er die exceptionem doli nicht in iure angebracht, ſo konnte er ſich hernach bey dem Iudex pedaneus darauf nicht mehr berufen, ſondern dieſer mußte ihn ohne weiteres condemniren, weil er an die ihm vom Prätor ertheilte Formel ſtreng gebunden war. S. AVERANIUS Interpretation. Lib. I. cap. 14. n. 30—32. SCHULTING ad πρῶτα tit. de dolo §. 9.

36) *L. 5. Cod. de inutil. ſtipulat.* VOET in Comment. ad Pand. lib. IV. Tit. 3. §. 6.

37) *Chriſtph. Andr.* REMER Tract. de vero ex iure Rom. ſtatui Germaniae accommodato obligationum valore Sect. I. Cap. 3. §. 38. ſqq. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. I. c. 3. §. 44. ſqq. Anderer Meinung iſt zwar COCCEJI in iure civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. in fin. allein man ſehe EMMINGHAUS ad Coccejum h. l. not. f. pag. 353.

uns in Abſicht auf den Betrug die von den römiſchen Geſetzen allen negotiis bonae fidei gebilligten Grundſätze des Naturrechts ſtatt, mit denen ſich aber wohl ſchwerlich die Meinung unſers Verfaſſers vereinigen läßt, wenn dieſer bey einem begangenen dolus incidens dem Betrüger die Wahl giebt, ob er die Läſion vergüten, oder gegen Zurückgabe des Empfangenen von dem geſchloſſenen Handel abgehen wolle [38]). Denn einmahl würde man auf ſolche Art dem Betrüger mehr Recht einräumen, als dem Betrogenen ſelbſt nach den Geſetzen zuſtehet. Dieſer kann aber wegen eines von dem Mitcontrahenten gegen ihn geſpielten doli incidentis nicht auf Nullität des Contracts, ſondern nur auf die Erſetzung ſeines Schadens klagen [39]). Sodann könnte ja dem Betrüger, wenn ihm ſein Dolus mißlungen iſt, ſo gut an der Aufhebung des geſchloſſenen Contracts, als dem Betrogenen an der Aufrechthaltung deſſelben gelegen ſeyn. Wollte man nun hier für den Betrüger ſprechen, ſo würde man ſeinen Dolus offenbar begünſtigen. Ein ſolches Erkenntniß würde aber gegen alle Billigkeit ſtreiten, cum nemini dolus ſuus prodeſſe poſſit [40]). Endlich beweiſen auch die von unſerm Verf. angeführten Geſetze ſeine Meinung nicht. Die zuerſt angeführte *L.* 12. §. 1. *D. de iure dot.* ſagt zwar, wenn die Ehefrau durch unbil-

38) WEHRN in cit. doctr. iuris de damni praeſtat. Cap. II. §. 5. not. 42. pag. 44. hat dieſen Irrthum auch nicht unbemerkt gelaſſen.

39) *L.* 13. §. 4. *et* 5. *L.* 32. *et L.* 49. *pr. D. de action. emt. vendit.* S. Weſtphals Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 774. folgg.

40) *L.* 1. §. 1. *D. de doli mali et met. except.*

unbillige Taxe des Heyrathsgutes vervortheilet worden, ſo habe der Ehemann die Wahl, ob er dieſe Läſion durch Zulegung desjenigen, was an dem wahren Werthe fehlt, vergüten, oder das Heyrathsgut ſelbſt zurückgeben wolle; allein der H. Verf. hat nicht bedacht, daß bey der aeſtimatione dotis um jeder unbilligen Taxe willen eben ſo gut, als wie bey einer laeſio enormis, auf die Wiederaufhebung des ganzen Handels geklagt werden kann, wofern der Gegentheil die Läſion nicht repariren will [41]). Hieraus läßt ſich nun aber wohl keine allgemeine Regel für den dolus incidens herleiten. Die andere Geſetzſtelle, *L.* 13. §. 4. *D. de action. emti vend.* ſpricht vollends ganz gegen unſern Verf. Denn darin wird ausdrücklich geſagt, der Verkäufer könne wegen des gegen den Käufer geſpielten Betrugs, wodurch er dieſen verleitet hat, für die Sache mehr zu bezahlen, als ſie werth iſt, mit der actione emti auf die Entrichtung des Intereſſe belangt werden. Iſt der dolus cauſam dans, ſo hat zwar der Betrogene, in ſofern er ſeiner Seits den Contract ſchon erfüllet hat, die Wahl, ob er gegen ſeinen betrügeriſchen Mitcontrahenten auf die Erfüllung oder auf die Aufhebung des Handels klagen will [42]). Allein hat

41) CUJACIUS Obſervat. Lib. XVII. cap. I. *Scip.* GENTILIS Diſputat. de aeſtimatione rerum in dotem datarum; adject. EJUSDEM Tractat. *de bonis maternis.* (*Hanoviae* 1606.) pag. 190. ſqq.

42) COCCEJI in iure civ. controv. lib. IV. Tit. 3. Qu. 3. glaubt zwar, daß eigentlich aus einem ſolchen Contract, der ob dolum cauſam dantem nichtig iſt, nicht auf Erfüllung geklagt werden könne, ſondern es geſchehe nur per indirectum, daß die Klage von Wirkung ſey, weil der Beklagte, wenn ſich derſelbe mit der

hat der Betrüger ſeiner Seits den Contract ſchon erfüllet, ſo kann derſelbe gegen den Betrogenen wenigſtens darauf klagen, daß dieſer ſich erkläre, ob er ihm das Seinige zurückgeben, oder den Vertrag halten wolle [43]).

Ich komme nun auf den Fall, da keiner der Hauptcontrahenten, ſondern ein Dritter den Betrug geſpielt hat. Hier iſt nun die Frage, was dieſer Betrug für Einfluß auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Vertrags habe, unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. **Leyſer** [44]) behaup-

Ausflucht, daß der Contract nichtig ſey, ſchützen wollte, offenbar ſeine eigene Schande bekennen würde, folglich um ſo weniger rechtliches Gehör finden kann, da ihm die replica doli entgegen geſetzt werden könnte. Allein dagegen hat ſchon VOET in Comm. ad Pandect. eod. Tit. §. 7. erinnert, daß es auf Seiten desjenigen, der den Betrug geſpielt hat, an einem vollkommenen Conſens nicht fehle; und kann man mit der Klage aus dem Contract auf deſſen Zernichtung klagen, ſo kann auch ex contractu in ſe nullo auf deſſen Erfüllung geklagt werden, wenn derjenige, der auf die Aufhebung des Contracts klagen könnte, ſich dieſes ſeines Rechts nicht bedienen will. *L. 41. D. de Minor. L. penult. Cod. de pactis.*

43) *L. 13. §. 27. D. de actionib. emti vend.* Si quis, colludente procuratore meo, ab eo emerit: an poſſit agere ex emto? Et puto hactenus, ut aut ſtetur emtioni aut diſcedatur. Das Geſetz redet zwar eigentlich von einem ſolchen Fall, da der Betrüger nicht mit dem Betrogenen ſelbſt und unmittelbar, ſondern mit deſſelben Anwald contrahirt hat; allein daß auch in andern Fällen die nämliche Entſcheidung gelten müſſe, hat ſchon Weſtphal in der Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 778. bemerkt.

44) in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LIX. medit. 4. und Vol. V. Spec. CCXCVI. Medit. 9. Dieſer Meinung pflichtet auch

behauptet, daß der ganze Contract nichtig ſey, wenn der Betrug des Dritten die Veranlaſſung dazu gegeben, und dem Betrogenen dabey keine Schuld beygemeſſen werden könne. Aus poſitiven Geſetzen laſſe ſich zwar kein Grund für dieſe Entſcheidung hernehmen, allein das Recht der Vernunft und die Billigkeit ſprächen dafür, zu welcher man hier bey dem Mangel an poſitiven Geſetzen ſeine Zuflucht nehmen müſſe. Denn wer durch den Betrug eines Dritten zur Schlieſſung eines Contracts verleitet worden iſt, irre ohne Zweifel. Der Irrthum aber mache einen Vertrag ungültig, wenn ſolcher von dem Irrenden nicht leicht zu heben geweſen. Allein dagegen erinnert Schöpff[45]), daß der Betrug des Dritten dem unſchuldigen Mitcontrahenten, der nichts davon gewußt, eben ſo wenig, als der Irrthum des Betrogenen, wozu er gar nichts beygetragen, zur Laſt fallen könne. Daher ſind die meiſten Rechtsgelehrten[46]) der Meinung, daß der Vertrag, des Betrugs des Dritten ungeachtet, unter den Contrahenten ſelbſt beſtehe, der Betrogene alſo ſich an den Betrüger halten müſſe, der ihn in Schaden gebracht hat. Allein mich dünkt, daß man die mancher-

auch WEHRN in doctrina iuris explicatrice cit. cap. II. §. 5. pag. 44. bey.

45) *Wolfg. Adam.* SCHOEPFF Diſſ. de dolo et vi tertii, ac effectibus eorum. *Tubingae* 1741. §. 4.

46) BARGALIUS de dolo malo Lib. II. cap. 13. Div. 6. n. 4. ſqq. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. Th. 29. ibique MÜLLERUS. ZOESIUS in Comm. ad. Pandect. tit. de dolo n. 11. HUBER in Praelect. ad Pandect. eod. Tit. §. 4. VOET in Comm. ad Pandect. eod. tit. §. 5. COCCEJI in iure civ. controv. eod. tit. Qu. 5. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. II. Obſ. 400. nr. XLIV. pag. 321. u. a. m.

mancherley Verhältniſſe, in welchen ein Dritter zu oder bey der Errichtung des Vertrags mitgewirkt haben kann, nicht gehörig unterſchieden habe. Man unterſcheide daher mit Herrn Hofrath Gmelin 47) folgende Fälle. Der Dritte, welcher den Betrug geſpielet hat, iſt entweder bey der Abſchlieſſung des Vertrags im Namen eines der Hauptcontrahenten, als Bevollmächtigter, gegenwärtig geweſen, oder nicht. Im erſterem Falle hat dieſer Geſchäftsträger entweder dem ihm gegebenen Auftrage bey der Abſchlieſſung des Contracts vollkommen gemäß gehandelt, oder er hat die Grenzen ſeiner Gewalt überſchritten. In jenem Falle iſt und bleibt der Vertrag unter den Hauptcontrahenten gültig, wenn gleich der andere nachher von ſeinem Mandatarius wäre betrogen worden. Der Betrogene kann ſich deshalb gegen den unſchuldigen Mitcontrahenten keiner Einrede bedienen, ſondern dieſer behält ſein aus dem Contract erworbenes Recht, und kann aus dem Vertrage mit eben der Wirkung klagen, als wenn er mit dem betrogenen Contrahenten den Vertrag ſelbſt geſchloſſen hätte. Der Betrogene muß ſich hier an ſeinen Mandatarius halten, durch deſſen Bosheit er in Schaden geſetzt worden iſt 48). Ueberhaupt aber läßt ſich in dieſem Falle nicht einmahl mit Recht behaupten, daß der Betrug durch einen Dritten geſpielet worden ſey, weil Mandatarius und Mandant nur wie eine Perſon angeſehen werden 49). Man ſetze alſo den Fall, ich gebe

47) in der angef. Abhandl. §. 101. ff.

48) *L. 11. §. 4. in fin. D. de inſtitor. act. L. 5. pr. D. de tribut. action.*

49) S. *Io. Eberwin.* DILTHEY Diſp. de perſona mandantis mandatario impoſita. *Goett.* 1743.

gebe dem Titius eine goldne Uhr, um darauf eine Summe Geldes bey dem Cajus für mich aufzunehmen. Titius erhebt auch dieſe Summe wirklich, bringt ſie aber beym Spiele durch. Hier bin ich des Cajus Schuldner dennoch eben ſo gut, als ob ich das Geld empfangen hätte, und der Gläubiger iſt auch nicht ſchuldig, die Uhr mir eher herauszugeben, als bis er gänzlich befriediget iſt. Oder ich gebe jemanden eine Sache, um ſie für einen beſtimmten Preis zu verkaufen. Mein Mandatarius verkauft ſie auch dem Auftrage gemäß, gehet aber mit dem Gelde durch. Hier bleibt der Kauf dennoch gültig, und ich kann die Sache von dem Käufer nicht zurückfordern [50]). Hat hingegen der Mandatarius ſeine Gewalt gemißbraucht, und ſich an die ihm gegebene Vorſchrift nicht gehalten, ſo kann der Bevollmächtigte in ſo weit, als er die ihm angewieſenen Grenzen überſchritten hat, ſeinen Mandanten nicht verbindlich machen. Zwar wollen mehrere angeſehene Rechtsgelehrten [51]) es für billiger halten, daß auch in dieſem Falle der Betrug des Geſchäftsträgers nur dem Mandanten ſchade, der ihm getrauet hat, und in der Wahl deſſelben unvorſichtig zu Werke gegangen iſt, als daß der unſchuldige Contrahent, welcher ſich aus redlichen Geſinnungen mit demſelben in ein Geſchäft einließ, durch die Bosheit deſſelben in Schaden geſetzt werden ſollte. Allein der Analogie des Rechts iſt dieſe

50) SCHOEPF cit. Diſſ. §. 9.

51) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCXXI. Medit. 4. HERTIUS in Diſſ. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii §. XI. (*Opuſc.* Vol. I. Tom. III. p. 163.) SCHOEPF cit. Diſſ. §. 7. CANNGIESER in Deciſion. Haſſo-Caſſell. Tom. II. Deciſ. XVIII. n. 11.

Meinung nicht gemäß. Die Geſetze ſprechen ganz entſcheidend und ohne Ausnahme, daß ein Mandatarius nichtig handle, wenn er der ihm ertheilten Vorſchrift nicht gemäß verfährt, und daher ſeinen Mandanten nicht verbindlich mache [52]). Man ſetze alſo den Fall, daß mein Mandatarius die Sache gegen meine Abſicht eigenmächtig verkauft hätte, die ich ihm nur zu verpfänden gegeben, ſo iſt der ganze Kauf ungültig. Ich bin alſo befugt, die Sache zurückzufordern, und kann nicht mit der Ausflucht des geſchloſſenen Kaufs abgewieſen werden [53]). Es iſt auch dieſe Vorſchrift der Geſetze der Billigkeit keinesweges entgegen. Denn hat nicht derjenige, welcher mit meinem Mandatarius ſich in ein Geſchäft einließ, ihm eben ſo gut getrauet, als ich? und hätte nicht auch der hintergangene Contrahent ſich ſorgfältiger nach jenes Verhältniſſen erkundigen ſollen, ehe er ſich mit ihm in ein Geſchäft einließ [54])? Hat er alſo eine Sache von meinem Mandatarius gekauft, die dieſem nur zur Verpfändung war gegeben worden, ſo kann es ihm nicht beſſer ergehen, als dem, welcher unwiſſend eine fremde Sache an ſich gebracht hat. Er muß ſie dem Eigenthümer abtreten, und mit der Contracsklage ſeinen Regreß

52) *L.* 5. *D. mandati. L.* 10. *Cod. de procurator.* §. 8. *I. de mandato. L.* 1. §. 3. *D. de except. rei vend. et tradit.*

53) *L.* 12. *Cod. mandati.* SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. XLIX. §. 51. Qu. 3. pag. 144. Einen merkwürdigen Fall hiervon findet man in meinen mit Hrn. Hofr. Geiger herausgegebenen Rechtsfällen I. Band Nr. XIII.

54) Qui cum alio contrahit, ſagt Ulpian *L.* 19. *princ. Dig. de Reg. iur.* vel eſt vel debet eſſe non ignarus conditionis eius.

Regreß an dem ſuchen, von welchem er ſie erhalten hat [55]).

Wenn endlich der Dritte, der den Betrug geſpielt hat, nicht als Contrahent, oder Bevollmächtigter bey der Abſchlieſſung des Contracts zugegen geweſen, ſo ſind zwey Fälle möglich. Entweder er hatte ſchon zuvor, ohne daß er damahls, als der Vertrag zu ſeiner Vollkommenheit gediehe, zum Vorſchein kam, aus unlautern Abſichten dazu die Veranlaſſung gegeben, ſo daß der Vertrag ohne dieſen Betrug nie geſchloſſen ſeyn würde, oder der Betrug des Dritten hat nicht die Errichtung ſondern nur die Modification des geſchloſſenen Contracts veranlaßt. Im erſteren Falle kann der Betrug des Dritten, wovon der Mitcontrahent gar nichts weiß, dieſem nicht zur Laſt fallen, ſondern der Betrogene muß actione doli gegen den Dritten auf den Erſatz des durch den Betrug deſſelben ihm verurſachten Schadens klagen [56]). Man ſetze alſo, mein Schuldner, dem ich nicht länger nachſehen wollte, habe jemanden durch betrügeriſches Zureden verleitet, für ihn Bürgſchaft zu übernehmen, ſo ſtehet dieſem Bürgen zwar die actio doli gegen meinen Schuldner zu, allein gegen mich, der ich von dieſem Betruge nichts weiß, kann ſich derſelbe der Ausflucht des Betrugs nicht bedienen [57]). Nur in ſubſidium, wenn

55) Gmelin in der angef. Abhandlung §. 103. S. 167. MÜLLER Obſervat. pract. ad LEYSERI Meditat. ad Pand. Tom. II. Faſc. I. Obſ. 374.

56) *L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 2. D. de proxeneticis.* NOODT de forma emend. doli mali cap. 13.

57) Arg. *L. 9. D. Quae in fraud. creditor.* HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. V. Obſ. 646. pag. 213.

der Betrogene mit der actione doli gegen den Dritten nichts ausrichtet, kann derſelbe aus dem Grunde eines unüberwindlichen Irrthums gegen ſeinen Mitcontrahenten die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſuchen[58]). Ein Irrthum, der leicht zu heben geweſen, benimmt der Gültigkeit des Vertrags nichts. Ein ſolcher iſt für den Irrenden ſtets nachtheilig, weil es von ihm abhieng, demſelben auszuweichen. Iſt hingegen der Dolus des Dritten nur die Urſache von der gegenwärtigen Modification des Contracts geweſen, ſo kann deshalb nur auf Schadenserſatz geklagt werden, welche Klage auch gegen den Mitcontrahenten ſelbſt Statt findet, inſofern dieſer ſich durch den Betrug des andern bereichert hat. Z. B. Titius leihet bey einem Handel über gewiſſe Waaren wiſſentlich falſch Gewicht. Iſt hierdurch der Verkäufer verletzt worden, daß das Gewicht zu ſchwer war, ſo fordert er das, was der Käufer durch dieſen Betrug des Titius an Waare zuviel erhalten, mit der condictione indebiti von demſelben zurück. Iſt hingegen der Käufer dadurch verletzt worden, daß des Titius Gewichte zu leicht waren, ſo kann dieſer auf Nachſchuß des Abgangs der Waare gegen den Verkäufer actione emti klagen. Gegen den Titius hingegen findet die actio doli nur dann ſtatt, wenn die actio ordinaria zur Entſchädigung des Betrogenen nicht zureicht, oder gar nicht Statt finden kann, z. B. wenn die Waare unter der ausdrücklichen Bedingung verkauft worden iſt, daß ſie nach den

58) Arg. *L.* 3. §. 3. *D. de eo, per quem fact. quom. quis in iud. ſiſt. Mich. God.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 6. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. tit. de dolo malo Qu. 5. Not. m. Gmelin in der angeführten Abhandlung §. 106. S. 171.

den Gewichten des Titius abgewogen und überliefert werden ſolle, weil dieſer betrügeriſcher Weiſe verſichert hatte, daß ſeine Gewichte richtig wären [59]).

Zuletzt fragt ſichs noch, ob der dolus cauſam dans einen geſchloſſenen Handel dergeſtalt ungültig mache, daß auch die Uebertragung des Eigenthums der Sache hierdurch gehindert werde? Viele Rechtsgelehrten [60]) wollen dieſes aus dem Grunde läugnen, weil nach dem römiſchen Rechte auch ein vermeintlicher Titel zur Uebertragung des Eigenthums hinreichend ſey [61]). Der Vertrag ſey alſo nur un-

59) *L.* 18. *§.* 3. *D. de dolo malo.* De eo, qui ſciens commodaſſet pondera, ut venditor emtori merces appenderet, TREBATIUS de dolo dabat actionem. Atquin ſi maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum eſt, repeti *condictione* poteſt: Si minora, ut reliqua merx detur, *ex emto* agi poteſt: niſi ſi *ea conditione* merx venit, *ut illis ponderibus traderetur*, cum ille decipiendi cauſa adfirmaſſet, ſe aequa pondera habere. Man ſehe über dieſe Stelle NOODT de forma emend. doli mali. Cap. 13. in fin.

60) Dieſer Meinung ſind BACHOVIUS ad *τα πρῶτα* Pandect. Tit. de dolo malo c. 2. VINNIUS ſelect. iur. quaeſtion. Lib. I. cap. 12. pag. 80. NOODT de form. emend. doli mali cap. 15. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digeſtor. tit. de dolo malo §. 6. LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. theor. pract. Lib. IV. Tit. 3. §. 6. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. Th. 30. GUNDLING in Protis Pandectar. Lib. IV. Tit. 3. §. 10. POTHIER in Pandect. Iuſtinian. T. I. Lib. II. Tit. 14. Sect. II. Art. 1. §. 2. not. b. Braun in der Abhandl. vom Betruge in Verträgen §. penult. Weſtphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 777. u. a.

61) *L.* 3. §. 8. *D. de condict. cauſ. dat. et tot. Tit. D. de condict. indeb.*

gültig unter den Contrahenten. In Anſehung eines Dritten aber, der in bona fide iſt, ſey dieſe Ungültigkeit ohne Wirkung. Hat alſo der Käufer, der ſeinen Verkäufer hinterliſtig zum Verkauf vermocht hat, die Sache ſchon wieder verkauft, ſo habe gegen dieſen Käufer, welcher in bona fide iſt, keine Eigenthumsklage ſtatt, ſondern der betrogene Verkäufer müſſe ſich an ſeinen Käufer, ſeiner Entſchädigung wegen, halten. Sie berufen ſich überdem auf die *L.* 10. *Cod. de reſcind. emt. vendit.* wo es heißt: Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aeſtimatur. Quem ſi fuerit intercesſiſſe probatum: non adverſus eum, in quem emtor dominium tranſtulit, rei vindicatio venditori, ſed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum reſtitutio competit. Allein iſt ein ſolcher Handel, der durch den Betrug des andern Contrahenten lediglich verurſacht worden iſt, nach der einſtimmigen Verordnung der Geſetze [62]), an ſich ungültig, ſo kann auch die vermöge eines ſolchen Vertrags geſchehene Uebertragung des Beſitzes von keiner rechtlichen Wirkung ſeyn [63]). Ich begreife daher nicht, wie aus einem ſolchen nichtigen Contract das Eigenthum der Sache auf den andern übergehen könne, wenn ein dolus bey Erlangung des Beſitzes zum Grunde liegt. Hindert gleich der Irrthum auf Seiten des Tradirenden nicht ſchlechthin die Uebertragung des Eigenthums [64]), ſo wird doch wenigſtens erfordert, daß der Em-

62) *L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 3. D. de pigner. act. L. 16. §. 1. D. de Minorib. L. 3. §. fin. D. pro ſocio. L. 5. C. de reſcind. vendit.*

63) Arg. *L. 3. §. 10. D. de Donat. inter vir. et uxor. L. 1. §. 4. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.*

64) *L. 36. D. de acquir. rer. domin.*

Empfänger in bona fide ſey[65]), weil die Erwerbung des Eigenthums eine rechtmäſige Uebergabe vorausſetzt[66]). Hiermit kann aber nun freylich nicht beſtehen, wenn der Käufer den Verkäufer zur Schlieſſung des Handels hinterliſtig verleitet hat[67]). Denn die Geſetze erfordern ausdrücklich zur Uebertragung des Eigenthums, daß der Käufer ſowohl zur Zeit des geſchloſſenen Handels als auch alsdann, wenn die Uebergabe erfolgt, ohne Gefährde gehandelt haben müſſe[68]). Hat nun aber der betrügeriſche Contrahent das Eigenthum der Sache aus den angeführten Gründen nicht an ſich gebracht, ſo konnte er es auch keinem Dritten übertragen. Ich finde demnach nicht das mindeſte Bedenken, denen[69]) beyzutreten, welche dem betroge-

65) Bona enim fides tantundem poſſidenti praeſtat, ſagt Paulus, *L.* 136. *D. de R. I.* quantum veritas. Man ſehe auch vorzüglich *L.* 3. *D. pro ſuo.* Daher findet bey der Bezahlung einer Nichtſchuld die condictio furtiva ſtatt, wenn der Empfänger derſelben in mala fide iſt. *L.* 18. *D. de condict. furt.*

66) *L.* 31. *pr. D. de acquir. rer. dom.*

67) Mit einem ſolchen Dolus läßt ſich wenigſtens nicht zuſammenreimen, wenn Juſtinian *§.* 40. *I. de rer. diviſ.* ſagt: nihil tam conveniens eſt *naturali aequitati*, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi.

68) *L.* 7. *§.* 16. *et* 17. *D. de public. in rem actione.* *L.* 10. *pr. D. de uſucap. et uſurpat.* *L.* 2. §. 3. *et* 5. *D. de doli mali et met. except.*

69) Man vergleiche VOET in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 3. et Lib. VI. Tit. 1. §. 14. BERGER in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. II. §. 18. not. 4. COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. III. Quaeſt. 4. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diſſ. de dominio ex contractu doloſo non translato. *Halae* 1720.

Io.

trogenen Verkäufer die Eigenthumsklage gegen den dritten Beſitzer ſeiner Sache geſtatten [70]). Es iſt auch dieſer Behauptung die von den Gegnern angeführte *L.* 10. *Cod. de reſcind. vendit.* keinesweges entgegen. Denn die Worte: in quem emtor dominium tranſtulit, geben deutlich zu erkennen, daß dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle rede, wo der Dolus den Contract an ſich nicht aufhebt. Man verſtehe es nun mit den meiſten von einem dolo incidente, oder erkläre es mit **Böhmer** [71]), von einem ſolchen Falle, da bey dem Kaufcontract zugleich eine Stipulation eingegangen worden, und daher das Geſchäft als ſtricti iuris zu behandeln war. Mit dieſer letztern Erklärung hängt wenigſtens ſehr gut zuſammen, wenn dem betrogenen Verkäufer gegen ſeinen betrügeriſchen Mitcontrahenten die reſtitutio in integrum geſtattet wird, wiewohl es auch nichts hindert, wenn die Entſchädigungsklage aus dem Kaufcontract als eine Art der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand angeſehen wird, weil doch der dolus incidens den Contract nicht nichtig macht. Ueberhaupt findet hier die bekannte jedoch ſehr richtige Bemerkung ſtatt, daß die Geſetze des Codex, welche, wie dieſe L. 10. Kaiſerliche Reſcripte

Io. Gottl. SIEGEL Diſſ. de dolo translationem dominii impediente. *Lipſiae* 1748. HUBER in praelect. ad Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 5. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. II. §. 15. und beſonders Hrn. Prof. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück, (zweyte verbeſſ. Ausgabe, Schwerin u. Wismar 1795. 8.) Nr. 8. S. 82. ff.

70) Arg. *L.* 36. *D. de donat. inter vir. et uxor.* *L.* 16. *Cod. de praed. et aliis reb. minor.*

71) Introduct. in ius Digeſtor. Lib. IV. Tit. 3. §. 5. in fin.

te enthalten, wenn die Worte darin unbeſtimmt und nicht genau gefaßt ſind, nach der Analogie beſtimmter Rechtsſätze zu erklären, weil es eigentlich die Abſicht der römiſchen Kaiſer nicht war, in ihren Reſcripten neue Grundſätze aufzuſtellen, ſondern längſt bekannte der Anfrage gemäß anzuwenden [72]).

§. 297.

II. Vom Irrthum in Verträgen und den rechtlichen Folgen deſſelben.

Auch Irrthum hindert die freye Einwilligung, und hat daher auf die Gültigkeit der Verträge ebenfalls einen groſſen Einfluß [73]). Man irret, wenn man ſich eine Sache anders vorſtellt, als ſie wirklich beſchaffen iſt. Irrthum beſtehet alſo in dem Mangel einer richtigen Kenntniß; in der Vermiſchung des Wahren mit dem Falſchen. Hat man von einer Sache gar keine Wiſſenſchaft, ſo nennt man dieſen

72) S. dieſen Commentar 1. Th. §. 37. S. 258. f. und meine Rechtsfälle 1. Th. Nr. XIII. §. 9. S. 256. folg.

73) Ueber dieſe Materie ſind folgende Schriften zu bemerken. *Hen.* RENNEMANN Diſſ. de negotio vel pacto involuntario praecipue coacto et fortuito, vel ignorantia aut errore iuris factive patrato; (in EIUS *Prolegom. Iurispr. R. G.* nr. XX.) *Io. Henr.* FELTZ Diſſ. I. et II. de errore in contractibus. *Argent.* 1713. et 1719. Nic. Hieron. Gundling über die ſchwere Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelahrtheit. (*Gundlingian.* Stück XXXIII. Nr. I. S. 205. ff.) LEYSER de ignorantia et errore (in *Meditat. ad Pandect.* Vol. V. Specim. CCLXXXIX.) *Frid. Gottl.* STRUV Diſſ. de effectu erroris in contractu emti venditi. *Kiel.* 1749. *Chriſt. Frid. Ge.* MEISTERI Comment. de effectu erroris in emtione et venditione, *Goett.* 1751.

ſen Mangel Unwiſſenheit. Weil es jedoch gleichviel iſt, ob man von einer Sache gar keine Wiſſenſchaft, oder eine falſche Vorſtellung und Meinung hat, ſo wird in Abſicht auf die rechtlichen Folgen des Irrthums zwiſchen error und ignorantia in unſern Geſetzen weiter kein Unterſchied gemacht [74]). Der Irrthum kann nun in Beziehung auf Verträge von mancherley Art und Wirkung ſeyn. Man irrt entweder in Anſehung des Rechts, oder der Irrthum betrift bloß Thatumſtände [75]). Ein Irrthum in Anſehung des Rechts (error iuris) ſchadet bey Schließung eines Vertrags jedem, der daraus ein Recht erwerben will [76]). Man ſetze alſo den Fall, daß bey Schließung eines Vertrags aus rechtlicher Unwiſſenheit die vorgeſchriebene Form nicht gehörig beobachtet worden, oder man hat geglaubt, der Mitcontrahent könne den Vertrag für

74) Man vergleiche nur *L.* 1. 7. *et* 8. *D. de iur. et facti ignor. L.* 15. *§.* 1. *D. de contrah. emt. vendit. L.* 11. *D pro Emtor. L.* 28. *D. de lib. cauſ. L.* 57. *D. de obligat. et action. L.* 6. *et* 7. *C. de iur. et facti ignor.* in welchen Stellen error und ignorantia als gleichviel bedeutend verwechſelt werden.

75) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. CCLXXXIX. medit. 1. will zwar dieſe Eintheilung als unnütz verwerfen, allein der ganze Tit. Digeſtor. de iuris et facti ignorantia widerlegt dieſe Meinung von ſelbſt. Man ſehe *Io Wilh* MARCKART Exercitat. academ. (*Hardervici* 1751. 4.) Exercit. II. Cap. I. §. 6. MÜLLER Obſervat. pract. ad Leyſerum Tom. III. Faſc. I. Obſ. 505. Reinhard von der ignorantia iuris et facti, in der Samml. vermiſchter kleiner Schriften St. VI. nr. 3. *Ge. L.* BOEHMER Diſſ. de eod. arg. *Goetting.* 1745. und *Franc.* ALEF Dies academ. ſ. Opuſcula Diſſ. III. (*Heidelb.* 1753. 4.)

76) *L.* 7. *D. de iur. et facti ignor.* Iuris ignorantia non prodeſt acquirere volentibus. ALEF cit. loc. §. 36. pag. 157.

für ſich abſchließen, welcher doch ohne die Einwilligung eines Dritten nicht contrahiren konnte, oder man hat über eine des Verkaufs unfähige Sache paciscirt, weil man das geſetzliche Verbot nicht kannte. In allen dieſen Fällen iſt der Vertrag ungültig, und die rechtliche Unwiſſenheit gereicht zu keiner Entſchuldigung, um aus dem Vertrag ein Recht zu erwerben. Das Geſchäft, welches auf einen ſolchen Irrthum beruhet, bewirkt nicht einmahl einen zur Verjährung hinlänglichen Rechtsgrund 77); was jedoch der Irrende zur Erfüllung des geſchloſſenen Handels ſeinem Mitcontrahenten bereits gegeben hat, das kann derſelbe zurückfor-

77) *L. 31. pr. D. de Uſurpat. et Uſucap.* Nunquam in Uſucapionibus *iuris error* poſſeſſori prodeſt; et ideo PROCULUS ait, ſi per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus ſit, vel poſt longum tempus venditionis peractum, uſucapi non poſſe, quia iuris error eſt. Bekanntlich mußte der Vormund ſeine Auctorität gleich bey Abſchließung des Geſchäfts ſeines Pupillen interponiren. Geſchahe es vorher, da der Handel mit dem Pupillen noch in ſeinem Anfange war, und in den erſten noch unreifen Tractaten beſtand, oder erſt lange Zeit nachher, nachdem der Handel mit dem Pupillen ſchon abgeſchloßen war, ſo war alles ungültig, und der Contrahent, welcher glaubte, daß er bey ſeinem Handel mit dem Pupillen ſicher wäre, irrte ſich ſehr in Anſehung ſeines Rechts. Er konnte nicht einmal uſucapiren. S. Weſtphals Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz, Eigenthum und Verjährung §. 677. S. 524. Ein anderes Beyſpiel enthält *L. 2. §. 15. D. pro Emtor.* Wenn ich nämlich mit einem Pupillen einen Handel ſchließe ohne die Einwilligung ſeines Vormundes, weil ich glaube, daß ſolche den Rechten nach nicht erforderlich ſey. Hier kommt mir keine Verjährung zu Statten, quia iuris error nulli prodeſt. Add. *L. 4. D. de iur. et facti ignor.*

fordern [78]). Wenn hingegen nicht von Erwerbung eines Rechts die Frage iſt, ſondern derjenige der aus rechtlicher Unwiſſenheit einen ihm nachtheiligen Vertrag geſchloſſen, ſich mit der Ausflucht des Irrthums in der Abſicht zu ſchützen ſucht, um das Seinige zu erhalten, und Schaden zu verhüten, ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob man ſich aus Unwiſſenheit eines Rechts begeben, durch deſſen Ausübung man ſein Vermögen hätte vermehren können, z. E. man hat aus rechtlichem Irrthum auf eine Erbſchaft Verzicht gethan; oder ob man ſich ſonſt verbindlich gemacht habe, etwas aus ſeinem Vermögen dem andern zu leiſten. Im erſten Falle bleibt das Geſchäft gültig [79]), wenn nicht entweder der Irrende erweiſen könnte, daß ſein Irrthum unüberwindlich geweſen [80]); oder demſelben ſeiner Minderjährigkeit wegen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu ſtatten kommen ſollte [81]). Im letztern Falle hingegen hat ſich der Irrende entweder aus rechtlicher Unwiſſenheit zu etwas verbindlich gemacht, wozu durchaus keine rechtliche Verbindlichkeit vorhanden war, oder es iſt die Verbindlichkeit

78) *L. 7. D. de iur. et facti ign.* Iuris ignorantia ſuum petentibus non nocet.

79) *L. 2. Cod. de iur. et facti ignor.* Cum ignorantia iuris facile excuſari non poſſit, ſi maior annis hereditati matris tuae renunciaſti, ſera prece ſubveniri tibi deſideras. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 202.

80) *L. 9. §. 3. D. de I. et F. ignor.* — ut cui facile fuit ſcire, ei detrimenti ſit iuris ignorantia.

81) *L. 11. C. eod.* Quamvis in lucro nec faeminis, ius ignorantibus, ſubveniri ſoleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro Principum ſtatuta declarant.

keit an ſich, in Anſehung welcher der Irrthum vorgefallen, in den Rechten gegründet. Im erſten Falle iſt zwar des Irrthums wegen der Vertrag inſofern ohne Wirkung, als das Verſprechen noch unerfüllt iſt, und es kann ſich der Irrende mit einer Einrede decken, wenn auf die Erfüllung des unverbindlichen Verſprechens wider ihn geklagt wird [82]). Allein wenn das Verſprechen bereits erfüllt iſt, ſo bleibt es in der Regel gültig, und findet keine Zurückforderung des Gegebenen ſtatt [83]), es wäre denn, daß der Zurückfordernde entweder zu den Perſonen gehörte, welchen die Geſetze die Unwiſſenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, z. B. Frauenzimmer, Minderjährige, Soldaten [84]) ꝛc. oder derſelbe erweiſen könnte, daß er in Anſehung des begangenen Irrthums außer aller Schuld ſey, weil es ihm z. B. an aller Gelegenheit fehlte, einen Rechtsverſtändigen zu Rathe zu ziehen [85]). Iſt endlich die Verbindlichkeit, in Anſehung welcher der Irrthum vorgefallen, an ſich in den Rechten gegründet, ſo kommt der Irrthum in keine weitere Betrachtung.

82) *L.* 8. *D. eod.* Caeterum omnibus iuris error *in damnis amittendae rei ſuae* non nocet. Man vergleiche über dieſe Stelle DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. XXI. p. 32. ſq. Beyſpiele geben *L.* 1. *pr. D. ut in poſſeſſ. legator. L. ult. pr. D. de doli mali et met. except.*

83) *L.* 10. *C. eod.* Cum quis ius ignorans, indebitam pecuniam ſolverit: ceſſat repetitio. S. MARCKART cit. Exercitat. de condictione indebiti per errorem iuris civ. ſoluti. Cap. II. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. VI. §. 13.

84) *L.* 9. *pr. D. L.* 13. *Cod. eodem.*

85) *L.* 9. §. 3. *D. eod.* ALEF cit. Diſſ. Cap. III. §. 32. ſqq.

tung[86]). Z. B. wenn eine Manns- und eine Weibsperſon gemeinſchaftlich Bürgſchaft leiſten, weil erſterer glaubte, daß er nur zu ſeinem Antheil haften dürfte; ſo hilft ihn dieſer Irrthum nichts. Die ganze Verbindlichkeit fällt hier auf den männlichen Bürgen allein, weil er wiſſen konnte und ſollte, daß weibliche Bürgſchaft nicht gilt.

Betrift der Irrthum blos Thatumſtände, ſo iſt zunächſt darauf zu ſehen, ob der Vertrag von den Partheyen ſelbſt, oder durch einen Gevollmächtigten geſchloſſen worden. Im letztern Falle kommt alles auf Irrthum oder wahre Kenntniß des Principals, nicht des Anwalds an[87]: Der Irrthum des Anwalds hindert alſo die Gültigkeit des Contracts nicht, wenn nur ſein Principal, für welchen er den Handel geſchloſſen, von allen Umſtänden eine richtige Kenntniß gehabt hat[88]). Nur in dem Falle,

86) *L.* 48. *pr. D. de fideiuſſor.*

87) *L.* 13. *D. de contrah. emt. L.* 51. *§.* 1. *D. de aedilit. edicto. L.* 17. *D. de lib. cauſ. L.* 2. *D. de litigioſis.* S. *Greg.* MAJANSII ad triginta ICtorum fragmenta commentar. T. I. p. 421. und Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 784.

88) *Si enim alieno nomine quis contrahit,* ſagt STRUV in cit. Diſſ. de effectu erroris in contractu emti venditi. Th. 9. *paciſcentis nihil intereſt, an contractus ſubſiſtat, nec ne, unde non eius ſcientia aut ignorantia, ſed domini ac principalis ſpectatur, cuius intereſſe tantum in negotio illo civili verſatur, atque ideo contra bonam fidem contractus emti venditi foret, ſub alterius ſcientiae vel ignorantiae praetextu, ſuam ſcientiam vel ignorantiam velle ſupprimere, atque inde agere vel excipere.* Add. FRANSKII Comment. ad Pandect. tit. de contrah. emt. nr. 72. ſqq.

Falle, da der Anwald in ſeinem Namen klagt, kommt es auf ſeine Wiſſenſchaft oder Irrthum an [89]). Iſt hingegen der Vertrag von den Partheyen ſelbſt geſchloſſen worden, und es iſt ein Irrthum bey Abſchlieſſung deſſelben vorgegangen; ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob beyde Theile ſich geirret, und einander unrecht verſtanden haben, oder nur der eine Theil allein. In dem erſteren Falle kommt es wieder darauf an, ob der Irrthum ſolche Umſtånde betrift, die zu dem Weſentlichen des eingegangenen Vertrags gehören, und worauf daher die Intention der Paciscenten hauptſächlich gerichtet war, oder ob er nur Nebendinge angehet. In jenem Falle macht der Irrthum den ganzen Vertrag um deswillen ungültig, weil er die Uebereinſtimmung des Willens, welche doch zu einem Vertrage ſchlechthin nothwendig iſt, ausſchlieſſet [90]). Dahin gehört,

1) wenn ſich die Paciscenten in Anſehung der Sache geirret haben, worüber der Vertrag geſchloſſen worden iſt. Hier laſſen ſich verſchiedene Fälle denken. Der Irrthum kann a) das Individuum des Objects be-

89) *L. 51. §. 1. D. de aedilit. edict.* MEIER in Colleg. argentorat. T. I. Lib. XVIII. Tit. I. §. 15. pag. 1001. Weſtphals Lehre des gem. R. vom Kauf ꝛc. §. 404.

90) *L. 57. D. obligat. et action.* In omnibus negotiis contrahendis, ſive bonae fidei ſint, ſive non ſint, ſi error aliquis intervenit, ut aliud ſentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti ſit. Et idem in ſocietate quoque coeunda reſpondendum eſt, ut ſi diſſentiant, aliud alio exiſtimante, nihil valet ea ſocietas, quae in conſenſu conſiſtit.

betreffen, ſo daß jeder Contrahent ſich bey Schlieſſung des Vertrags einen ganz andern Gegenſtand gedacht hat. Hier iſt aus Mangel der Einwilligung der Paciscenten der ganze Vertrag ungültig [91]) und der Empfänger erwirbt, des vorgegangenen Irrthums wegen, nach **Ulpians** Lehre, nicht einmahl den bürgerlichen Beſitz der ihm übergebenen Sache [92]). Die Paciscenten können b) in Abſicht auf die Exiſtenz der Sache irren. Hier iſt der Handel wegen Mangel des Gegenſtandes nichtig [93]). Ein gleiches findet c) ſtatt, wenn ſich die Paciscenten in den Eigenſchaften des Gegenſtandes irren, und die Eigenſchaft, welche ſie vorausſetzen, entweder ausdrücklich zur Bedingung des Vertrags gemacht worden, oder eine ſolche iſt, welche den Rechten nach als ſtillſchweigende Bedingung vorausgeſetzet werden kann. Hier kann ſich der Irrthum wieder auf mancherley Art äußern; α) in Anſehung der geſetzlichen Qualität der Sache. Dahin gehört z. B. wenn die

91) *L. 9. pr. D. de contrah. emt.* Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putaſti: quia in corpore diſſenſimus: emtio nulla eſt. Idem eſt, ſi ego me Stichum, tu Pamphilum abſentem vendere putaſti. Nam cum *in corpore* diſſentiatur: apparet, nullam eſſe emtionem. Add. *L. 83. §. 1. et L. 137. §. 1. D. de Verbor. obligat.*

92) *L. 34. pr. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Si me in vacuam poſſeſſionem fundi Corneliani miſeris. Ego putarem, me in fundum Sempronianum miſſum, et in Cornelianum iero, *non acquiram poſſeſſionem:* niſi forſan in nomine tantum erraverimus, in corpore conſenſerimus. Man ſehe jedoch über dieſe Stelle Weſtphals Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 130.

93) *L. 57. pr. D. de contrah. emt.*

die Partheyen nicht gewußt, daß die Sache, worüber ſie paciscirt haben, extra commercium iſt [94]); oder wenn jemand aus Irrthum ſeine eigene Sache gekauft hat, welche der Verkäufer für ſein Eigenthum gehalten [95]). β) in Anſehung der phyſiſchen Qualität. Dahin gehört, wenn ſich die Paciscenten in der Subſtanz oder Materie der Sache geirret haben. Z. E. wenn mir Jemand eine tombackene Doſe für eine goldene verkauft, und wir beyde die Doſe für golden gehalten haben, ich auch

 ſonſt

94) *L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. L. 22. L. 23. L. 34. §. 1. D. eodem.*

95) Nam ſuae rei emtio non valet. *L. 16. pr. D. de contrah. emt. L. 10. Cod. eodem.* Wie wenn ich nun eine Sache, die mir ſchon eigenthümlich zugehörte, aus Irrthum gekauft, und ſolche von dem Verkäufer ſofort an einen andern, der ſie zum Geſchenk erhalten ſollte, hätte geben laſſen, konnte dieſer, des nichtigen Kaufs ungeachtet, dennoch Eigenthümer werden? Dieſe Frage entſcheidet die *L. 15. §. 2. D. de contrah. emt.* Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et iuſſu meo alii tradideris: non putat POMPONIUS, dominium meum tranſire, quoniam non hoc mihi propoſitum fuit: ſed quaſi tuum dominium ad eum tranſire. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 16. verſtehet dieſe Stelle ſo, daß das Eigenthum wegen des Irrthums der Contrahenten nicht auf den Donatarius übertragen werde. Allein Weſtphal in der Lehre des gem. R. vom Kauf ꝛc. §. 81. zeigt, daß die Frage, ob der Donatarius Eigenthümer geworden, keinem Zweifel unterworfen geweſen, weil doch die Uebergabe der Sache an den Donatar auf des Eigenthümers Geheiß und mit deſſelben Willen geſchehen; Pomponius habe alſo nur eigentlich zeigen wollen, wie man ſich den Uebergang des Eigenthums von einem auf den andern vorſtellen ſolle.

ſonſt den Kauf nicht geſchloſſen haben würde[96]). Es wird alſo hier vorausgeſetzt, daß die Sache von einer ganz andern Materie ſeyn müſſe, als wofür ſie aus Irrthum gehalten

vor-

96) *L. 9. §. 2. D. de contrah. emt.* Inde quaeritur, ſi in ipſo corpore non erratur, ſed *in ſubſtantia* error ſit: ut puta ſi acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento ſimile: an emtio et venditio ſit? MARCELLUS ſcribit *libro 6 Digeſtor.* emtionem eſſe et venditionem; quia in corpus conſenſum eſt, etſi in materia ſit erratum. Ego in vino quidem conſentio, quia eadem prope *οὐσία* i. e. ſubſtantia eſt: ſi modo vinum acuit: caeterum ſi vinum non acuit, ſed ab initio acetum fuit, ut embamma; aliud pro alio veniſſe videtur. In caeteris autem nullam eſſe venditionem puto, quoties in materia erratur. Wenn Eſſig für Wein verkauft worden, ſo unterſcheidet Ulpian zwiſchen gemachtem Eſſig, der zu den Speiſen gebraucht wird, (Embamma) und ſolchem, der aus verſauertem Weine entſtanden. Im erſten Falle hält er den Kauf für ungültig, weil Wein und gemachter Eſſig von ganz verſchiedener Subſtanz ſind, folglich dem Käufer etwas ganz anders verkauft worden, als er gewollt hat. Wenn hingegen Weineſſig für Wein verkauft worden, ſo ſey der Kauf gültig, weil hier einerley Subſtanz vorhanden. Allein dieſe Entſcheidung iſt, wie ſchon *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 14. hierbey angemerkt hat, für unſere Zeiten nicht mehr brauchbar. Denn ſie beziehet ſich eigentlich darauf, daß die Römer den Weineſſig, wie den Wein, zu trinken pflegten, *L. 1. L. 9. pr. et §. 1. et 2. D. de trit. vin. vel oleo leg.* welches aber heutiges Tages nicht mehr geſchieht. Iſt alſo der Wein ſchon zur Zeit des geſchloſſenen Contracts ſauer geweſen, und nicht erſt nachher durch Zufall ſauer geworden, ſo iſt der Handel heut zu Tage für ungültig zu halten. S. REMER in Tract. de vero ex iure Rom. ſtatui Germ. attemperato obligationum valore, Sect. I. cap. III. §. 8.

worden iſt; geſetzt auch, daß ſie mit der verabredeten Materie überlegt oder überzogen wäre. Denn iſt die verſicherte Materie vorhanden, und ſolche nur mit einer andern vermiſcht, jedoch ſo, daß jene den größten Theil ausmacht, ſo iſt deshalb der Handel nicht ungültig 97). Iſt ferner der Irrthum in Anſehung der Materie in einem ſolchen

K 4 Ver-

97) *L.* 14. *D. de contrah. emt.* Quid tamen dicemus, ſi in materia et qualitate ambo errarent? Utputa, ſi et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, cum aes eſſet? Utputa coheredes viriolam (ein Armband) quae aurea dicebatur, pretio exquiſito uni heredi vendidiſſent, eaque inventa eſſet magna ex parte aenea. Venditionem eſſe conſtat, ideo quia auri aliquid habuit. Nam ſi inauratum aliquid ſit, licet ego aureum putem, valet venditio. Si autem aes pro auro veneat, non valet. Das Wort *inauratum* bedeutet hier nicht ſo viel als vergoldet, oder mit Gold überlegt, wie es *Deſ.* HERALDUS Obſervat. et Emendation. cap. 23. (*Theſ. Ottonian.* Tom. II. pag. 1337.) erklärt, ſondern Metall, das mit Gold vermiſcht iſt, wie BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 14. pag. 138. und AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 19. n. 7. gezeigt haben. Es iſt daher kein Widerſpruch, wenn *L.* 41. *§.* 1. *D. eodem* ſagt: Menſam argento coopertam mihi ignoranti pro ſolida vendidiſti imprudens; nulla eſt emtio, pecuniaque eo nomine data condicetur. Man unterſcheide alſo, ob die Subſtanz der Sache mit der verſicherten Materie durchaus vermiſcht, oder nur die Oberfläche derſelben damit belegt iſt. Im erſten Falle iſt der Handel doch gültig, und der Käufer kann nur wegen des Abgangs am Werthe eine Vergütung verlangen. Im letztern Falle hingegen, wenn der Käufer die Sache von maſſiven Gold oder Silber haben wollen, iſt der ganze Handel ungültig, und der Käufer kann ſein Geld zurückfordern. S. CUJACII Obſervat. Lib. II. cap. 4. und Weſtphals Lehre des R. R. vom Kauf ꝛc. §. 400.

Vertrage vorgegangen, wo die Sache dem andern umſonſt überlaſſen wird, z. E. bey einer Schenkung, ſo entſtehet noch weniger daraus eine Nichtigkeit, wenn nur außer dem Irrthum kein Betrug zu Schulden kommt [98]).

Ein weſentlicher Irrthum, der den Vertrag ungültig macht, iſt es ferner 2) wenn ſich die Paciscenten in der Art des Contracts geirret haben. Z. B. wenn ich dem Titius eine Summe Geld in der Abſicht gegeben habe, daß ſie ihm geſchenkt ſeyn ſolle, dieſer aber ſolche aus Irrthum für ein Darlehn angenommen, ſo iſt nach **Ulpians** Lehre weder eine Schenkung noch ein Darlehn vorhanden [99]).

Oder

98) *L.* 22. *D. de Verbor. obligat.* *Ioſ* AVERANIUS in Interpretat. iur. Lib. I. cap. 19. nr. 6. STRYK Tr. de caut. contract. Sect. I. cap. IV. §. 7.

99) *L* 18. *pr. D. de reb. credit.* Si ego tibi pecuniam *quaſi donaturus* dedero, tu *quaſi mutuam* accipias; IULIANUS ſcribit, donationem non eſſe. Sed an mutua ſit, videndum? et puto, nec mutuam eſſe, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Wie man ſich den Fall vorſtellen müſſe, welchen Ulpian hier entſcheidet, zeigt SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exercit. XXII. §. 37. Die Urſache, warum hier weder eine Schenkung noch ein Darlehn contrahirt werde, iſt leicht einzuſehen. Denn eine Schenkung erfordert auf Seiten des Beſchenkten eine Acceptation. *L.* 10. *D. de donation.* An dieſer fehlt es aber in dem vorgetragenen Falle, weil der Empfänger das Geld aus Irrthum als ein Darlehn angenommen hat. Es findet alſo hier ſtatt, was Javolen *L.* 55. *D. de obligat. et action.* lehrt: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam ſive ea venditio, ſive *donatio*, ſive quaelibet alia cauſa contrahendi fuit, *niſi animus utriusque conſentit*, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non poteſt.

Eine

Oder man ſetze, ich hätte eine Sache für eine gewiſſe Summe nur verpfänden wollen, der Gläubiger aber habe ſie dafür aus Irrthum als gekauft angenommen; oder ich hätte jemanden eine gewiſſe Summe nur in Verwahrung geben wollen, dieſer habe ſie aber als ein Darlehn angenommen. In allen dieſen Fällen iſt kein gültiger Contract geſchloſſen worden [100]; ich kann daher das Gegebene vindiciren, oder mit der condictione ſine cauſa zurückfordern. Hätte ich jedoch, wie in dem angeführten erſteren Beyſpiele, die Abſicht gehabt, dem andern die ihm gegebene Summe zu ſchenken, dieſer aber irrig ſich vorgeſtellt, daß ich ihm ſolche

 nur

Eine obligatio ex mutuo entſtehet darum nicht, weil ich das Geld dem Empfänger nicht in der Abſicht gegeben habe, um ihn aus einem Darlehn verbindlich zu machen. Non ſatis enim eſt, ſagt Paulus *L.* 3. §. 1. *D. de Obligat. et action.* dantis eſſe nummos et fieri accipientis, ut obligatio naſcatur, ſed etiam *hoc animo* DARI *et accipi, ut obligatio conſtituatur*, und das nämliche lehrt Celſus, wenn er *L.* 32. *D. de reb. credit.* ſagt: mutuum, niſi inter conſentientes, fieri non poſſe. In den Baſilicis Lib. XXIII. Tom. III. pag. 225. lautet die L. 18. folgendermaßen. Ἐὰν ἐγὼ μὲν ὡς δωρέμενος δώσω, σὺ δὲ δέξῃ ὡς δανειζόμενος, οὐδέτερον ἔρρωται, καὶ οὐ γίνεται σὰ τὰ νομίσματα. d. i. nach der Fabrottiſchen Verſion: Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu vero quaſi mutuum accipias, neutrum valet, nec nummi tui fiunt.

100) *L 9 pr D de contrah. emt.* Si in ipſa emtione diſſentient, emtio imperfecta eſt. — *L.* 18. *§.* 1. *D. de reb. credit.* Si ego *quaſi deponens* tibi dedero, tu *quaſi mutuam* accipias; nec depoſitum nec mutuum eſt. Idem eſt, et ſi tu quaſi mutuam pecuniam dederis, ego quaſi commodatam oſtendendi gratia accepi. Sed in utroque caſu, conſumtis nummis, ***condictioni*** ſine doli exceptione locus erit.

nur darleihen wolle, und daher das Geld als ein Darlehn verbraucht hätte; ſo kann ſich der Empfänger mit der exceptione doli ſchützen, wenn ich mir ſeinen Irrthum zu Nutze machen, und denſelben auf die Zurückgabe des Empfangenen belangen wollte [1]). Julian [2]) nimmt ſogar in dieſem

1) *L.* 18. *pr. D. de reb. credit.* wo es am Ende heißt: Quare, ſi eos (ſc. nummos animo donandi datos) conſumſerit, licet *condictione* teneatur, tamen *doli exceptione* uti poterit, *quia ſecundum voluntatem dantis nummi ſunt conſumti.* Ob der Empfänger, wenn das Geld bey ihm noch baar vorhanden wäre, ſich auch gegen die wider ihn angeſtellete Reivindication mit der exceptione doli ſchützen könne? wird in dieſem Geſetz nicht entſchieden. COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. I. Qu. 6. läugnet, daß in dieſem Falle dem Empfänger die exceptio doli zu ſtatten komme, wenn der Geber das Geſchenk zurückfordert, weil hier die Billigkeit dieſer Einrede wegfalle, und der Empfänger de lucro captando certire. Allein VOET in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLI. Tit. I. §. 36. beſtimmt dieſes näher; nur dann, ſagt er, kann das Geſchenk mit Wirkung zurückgefordert werden, wenn der Empfänger wegen des Irrthums, in welchem er ſteckte, die Schenkung noch nicht acceptirt hatte. Donatio enim ſine ſubſecuta per donatarium liberalitatis acceptatione ineſſicax eſt. Dieſe Ungültigkeit der Schenkung hindere nach Ulpians Lehre den Uebergang des Eigenthums, quia alia opinione accepit, d. i. weil der Empfänger nicht die Abſicht gehabt hat, die Schenkung zu acceptiren. Allein nimmt man Julians Lehre in der *L.* 36. *D. de acquir. rer. domin.* an, daß der Irrthum in Anſehung des beſondern Rechtsgrundes die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, wenn beyde Theile in dieſelbe überhaupt zuſammenſtimmen; bedenkt man ferner, daß es mit der Billigkeit nicht übereinſtimmt, wenn man um des bloſen Irrthums ſeines Mitpaciscentens willen, ſein eigenes Factum nicht

dieſem Falle als ungezweifelt an, daß das Eigenthum, des Irrthums ungeachtet, auf den Empfänger übergehe, weil doch

nicht anerkennen will, und daß derjenige, welcher die wohlthätige Abſicht des Gebenden in dem Empfange eines vermeintlichen Darlehns mit Dank erkennt, ſolche aller Vermuthung nach als Schenkung noch mit weit lebhaftern Dank verehret haben würde; endlich daß auch in andern Fällen dem Donatarius die exceptio doli geſtattet wird, wenn dieſer aus Irrthum die ihm zugedachte Schenkung nicht in der Maaße acceptiret hat, als es die Abſicht des Schenkenden war, und letzterer daher ſich dieſen Irrthum zu Nutze machen will, man ſehe z. B. *L.* 25. *D de donation.* ſo kann man dem *Ioſ.* FERNANDEZ *de* RETES nicht unrecht geben, wenn derſelbe Opuſculor. Lib. I. cap. XXIV. n. 16. (*Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 87.) ſagt: Ego non dubito, quin *eadem doli exceptio* accipienti competat adverſus vindicantem, *licet nummi extent.*

2) *L.* 36. *D. de acquir. rer dominio.* Si pecuniam numeratam tibi tradam *donandi gratia*, tu eam *quaſi creditam* accipias: conſtat, *proprietatem ad te transire*; nec impedimento eſſe, quod circa cauſam dandi atque accipiendi diſſenſerimus. Es iſt ſchwer, dieſe Stelle mit der vorher angeführten *L.* 18 *princ. D. de reb. credit.* vollkommen zu vereinigen. Die Ausleger haben deshalb mancherley Verſuche gemacht. Man vergleiche nur *Nic. de* PASSERIBUS Conciliat. Leg. pag. 230. *Melch. de* VALENTIA Epiſtolicar. iuris exercitat. Lib. 5. Exercit. 10. *Ioſ.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 5. (*Theſ. Otton.* Tom. II. pag. 395. ſqq.) *Marcus* LYKLAMA Membranar. Lib. V. Eccl. 18. *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν ſeu veriſimilium Lib. II. cap. 2. (*Theſ. Ottonian.* T. I. p. 739.) *Ulr.* HUBER Digreſſion. Iuſtinian. Part. II. Lib. II. c. 6. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν ſeu Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 67. *Ioſ.* FERNANDEZ *de* RETES Opuſculor. Lib. I. cap. 24. nr. 11. ſqq. (*Theſ. Meermann.* T. VI. p. 86.) *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 17.

doch beyde Theile ein ſolches Rechtsgeſchäft einzugehen gemeinet haben, wodurch ein Eigenthum erworben werden kann, und der Empfänger auch bey dem ſich irrig vorgeſtellten Contract wenigſtens die wohlthätige Abſicht des andern Theils nicht ganz verkannt hat [3]).

Der

cap. 17. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLI. Tit. I. §. 36. VINNIUS Quaeſtion. iur. Lib. II. cap. 35. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. I. Quaeſt. 6. D'ORVILLE Diſſ. ad cit. LL. (in *Ger.* OELRICHS Theſ. Diſſertat. Belgicar. Vol. I. Diſſ. 27.) *Ian a* COSTA Praelect. ad illuſtrior. quosd. titulos locaq. ſelecta iur. civ. pag. 93. *Herm. ab* IDSINGA Diſſ. de mutuo Cap. V. §. 5. (in OELRICHS *Theſ. novo Diſſ. Belgic.* Vol. I. Tom. I. pag. 154.) POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. III. Tit. de acquir. rer. dominio Nr. 58. not. g. et h. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 938. Allein andere halten jeden Verſuch einer Vereinigung für vergeblich, weil der Widerſpruch zwiſchen Julian und Ulpian zu evident wäre. S. WISSENBACH Diatr. de mutuo Th. 20. ſqq. *Em* MERILLIUS in Comment. ad Tit. Dig. de rebus credit. ad L. 18. (in *Theſ. Otton.* T. III. p. 673.) *Guil.* BARCLAJUS in Commentar. ad Titulos Dig. de rebus credit. et de jurejur. ad L. 18. (*Theſ. Otton.* eod. Tom. III. p. 861.) *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXXV. §. 6. *B.* BRANCHU Obſervation. ad ius Rom. Decad. II. cap. 19. pag. 162. und *Chriſtph. Lud.* CRELL in Obſervat. de proprietate rei donatae ad eum, qui quaſi mutuam accepit, transeunte ad L. 18. D. de reb. cred. et L. 36. D. de A. R. D. *Vitemb.* 1731. rec. *Francof. et Lipſ.* 1757.

3) Denn ein *mutuum* im eigentlichen Verſtande, d. i. ein unverzinßliches Darlehn, wird, ſo wie jede unentgeldliche Benutzung fremder Sachen, die man dem andern geſtattet, als eine Wohlthat und eine Art von Schenkung angeſehen. *L. 9. pr. D. de donation.* S. CRELL cit. Diſſ. §. 11.

Der Vertrag iſt 3) ungültig, wenn beyde Theile ſich in den Bewegungsgründen geirret haben, ſo daß der Beweggrund des einen den andern zu dem Contract verleitet hat, der ohne dieſen Irrthum nicht geſchloſſen ſeyn würde. Man denke ſich den Fall, daß beyde Theile in dem Wahne ſtehen, das Grundſtück, welches der eine beſitzt, ſey mit dem Näherrecht behaftet. Der Beſitzer überläßt es alſo dem Retrahenten, weil er glaubte, daß er dazu verbunden ſey. In ſolchem Falle kann der Käufer, wenn ſich hernach der Irrthum aufklärt, den Verkäufer nicht weiter belangen, es kann auch alsdann der Verkäufer das Verkaufte zurückfordern [4]). Weiß mein Mitcontrahent die Bewegurſache nicht, warum ich mit ihm paciscirt habe, ſo hat mein Irrthum in Anſehung derſelben auf die Gültigkeit des abgeſchloſſenen Handels keinen Einfluß. In dieſem Falle heißt es: Propoſitum in mente retentum nihil operatur. Wenn mich alſo z. B. eine falſche Nachricht, daß eins von meinen Pferden gefallen ſey, verleitet hätte, ein anderes zu kaufen, und ich entdecke hernach meinen Irrthum, ſo kann ich deswegen von dem einmahl abgeſchloßenen Handel nicht weiter abgehen [5]). Eben ſo wenig kann man

4) *L.* 5. §. 1. *D. de act. emti vend.* Weſtphals Lehre des gem. R. vom Kauf ꝛc. §. 782.

5) TITIUS in Obſervat. in compend. Lauterbachian. Obſ. 513. REMER in Tract. de vero obligation. valore. Sect. I. cap. III. §. 16. STRUV in Diſſ. de effectu erroris in contractu E. V. Th. 27. Zwar meint PUFENDORF de Iur. Nat. et Gent. Lib. III. cap. VI. §. 6. man müſſe darauf ſehen, ob noch res integra, oder der Handel von beyden Seiten ſchon vollzogen ſey; allein daß es auf dieſen Unterſchied gar nicht ankomme, hat GUNDLING

man ein Geſchenk zurückfordern, welches man dem Empfänger aus der Urſache gemacht hat, weil man geglaubt, er habe ſich um uns verdient gemacht, wenn ſich auch hernach findet, daß man ſich geirret habe [6]).

4) Wenn ſich die Paciscenten in der Perſon geirrt haben, ſo läßt ſich ein doppelter Fall denken. Der Irrthum kann nämlich a) das Individuum der Perſon betreffen, mit welcher man den Vertrag geſchloſſen hat. Ich glaubte z. B. mit dem A. zu paciſciren, und aus Irrthum habe ich mit dem B. paciſcirt. Hier iſt der Irrthum weſentlich, und macht den Vertrag hinfällig, wenn es mir nach der Natur des Vertrags, oder aus andern erheblichen Gründen durchaus nicht gleichgültig ſeyn kann, ob ich denſelben mit der Perſon, welche ich mir vorſtellete, oder mit einer andern geſchloſſen habe. Dieß iſt der Fall bey Eheverträgen, Bevollmächtigungen und denjenigen Contracten, wo es vorzüglich auf die Perſon ankommt [7]). Iſt bey anderen Contracten, wo es mehr auf die Sache, worüber paciſciret wird, als auf die Perſonen ankommt, die den Contract geſchloſſen haben, z. B. bey einem Kaufcontract, ein Irrthum in Anſehung der Perſon vorgegangen, ſo entſtehet daraus nicht leicht eine Nichtigkeit [8]), wenn nicht

LING in der oben angeführten Abhandlung §. 12. u. folgg. ſehr gründlich gezeigt.

6) *L. 65. §. 2. D. de condict. indeb.* PACIUS Εναντιοφανῶν Centur. I. Qu. 59. p. 49.

7) *Can. un. Cauſ. XXIX. Qu. 1.* Error perſonae coniugii conſenſum non admittit.

8) *Nam in contractibus oneroſis*, ſagt REMER in Tract. de vero obligationum valore Sect. I. cap. III. §. 9. *perſona, cum qua con-*

nicht der Irrende ein beſonderes Intereſſe darthun könnte, warum er den Contract mit der Perſon, mit welcher er denſelben aus Irrthum geſchloſſen hat, nicht halten kann [9]). Der Irrthum kann b) auch die Qualität der Perſon betreffen. Dieſer entkräftet den Vertrag, 1) wenn der Mangel der Qualität überhaupt auf die Fähigkeit zu paciſciren Einfluß hat. Z. B. ich kaufe eine Sache von einem Blödſinnigen, den ich für einen vernünftigen Menſchen hielt [10]). 2) Wenn der Mangel der erforderlichen Eigenſchaft auf den weſentlichen Zweck oder die rechtlichen Wirkungen des geſchloſſenen Vertrags Einfluß hat. So macht z. B. Irrthum in Anſehung des Zeugungsvermögens oder des freyen oder ehelichen Standes des Mitpaciscenten einen Ehevertrag nichtig [11]). 3) Wenn die vorausgeſetzte perſönliche Eigenſchaft des Mitpaciscenten eine ſolche iſt, welche der Irrende als ge-

contrahimus, non pertinet absque ſpeciali expreſſione ad deſtinationem, quia perinde eſt, a quanam in dubio rei locatae uſum vel rem emtam conſequimur. Add. TITIUS in Obſervat. in compend. Lauterbachian. Obſ. 513.

9) STRUV in Diſſ. de effectu erroris in contractu E. V. Th. 15. ſqq. handelt hiervon ausführlich.

10) *L. 2. §. 16. D. pro Emtore.* Si a furioſo, quem putem ſanae mentis, emero: conſtitit, uſucapere utilitatis cauſa me poſſe: *quamvis nulla eſſet emtio*; et ideo neque de evictione actio naſcitur mihi, nec publiciana competit, nec acceſſio poſſeſſionis. Man ſehe über dieſe Stelle Weſtphals Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 679. und BRANCHU Obſervation. I. R. decad. II. cap. 19. pag. 159.

11) *Can. un. Cauſ. XXIX. Qu. 1.* Schotts Einleitung in das Eherecht §. 89.

gewöhnlich vermuthen konnte, weil er ſonſt den Vertrag mit demſelben nicht geſchloſſen haben würde. Daher vereitelt z. B. Irrthum in Anſehung der Jungferſchaft der Braut das abgeſchloſſene Eheverlöbniß [12]).

Haben ſich hingegen die Paciscenten blos in zufälligen Dingen und Nebenumſtänden geirret, ſo ſchadet ein ſolcher Irrthum der Gültigkeit des Vertrags nichts, ſondern es kann der irrende nur allenfalls einen Erſatz des ohne eigene Schuld hierdurch erweißlich erlittenen Schadens fordern. Ein ſolcher bloß zufälliger Irrthum (error concomitans) iſt vorhanden,

a) wenn ſich die Paciscenten bloß im Namen geirret haben [13]). Es muß nur der Irrthum das nomen proprium, nicht das nomen appellativum betreffen, weil ſonſt ein error in corpore daraus entſtehet, der den Vertrag ungültig macht [14]).

b) Wenn ſich die Contrahenten bloß in Anſehung einer acceßoriſchen Sache geirret haben, welche neben der Hauptſache obendrein gegeben werden ſoll. Hier iſt ein doppelter Fall möglich. Einmahl, der Mitpaciscent verlangt neben der Hauptſache noch eine Zugabe, weil er geglaubt, ſie ſey unter dem Gegenſtand des Handels begriffen, welches

12) GUNDLING Diſſ. qua doctr. vulgar. maiorem a feminis quam a viris requirens caſtitatem ſub examen revocatur. §. 23. ſqq. REMER cit. loc. §. 9. in fin. Schott a. a. O.

13) *L 9. §. 1. D. de contrah. emt.* — Nihil enim facit error nominis, cum de corpore conſtet. Add. *L. 32. D. de Verbor. Obligat.*

14) Vergl. *de* RETES Opuſculor. Lib. I. cap. 24. nr. 3. und *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 18. nr. 1 — 5.

welches aber der andere nicht gemeint hat. Hier ſchadet der Irrthum demjenigen, welcher ſich deutlicher hätte erklären ſollen. Einen dahin gehörigen Fall hat Leyſer [15]). Zum andern können ſich die Paciscenten in dem Individuum der acceſſoriſchen Sache geirrt haben, weil mehrere Sachen des Namens vorhanden ſind, dergleichen eine als Zugabe ausdrücklich ausbedungen worden iſt. Ein Beyſpiel hiervon giebt die *L. 34. pr. D. de contrah. emt.* und lehrt zugleich, wie in ſolchem Falle verfahren werde. Si in emtione fundi dictum ſit, accedere Stichum ſervum: neque intelligatur, quis ex pluribus acceſſerit, cum de alio emtor, de alio venditor ſenſerit; nihilominus fundi venditionem valere conſtat. Sed LABEO ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. Der Irrthum in corpore konnte hier keine Nichtigkeit verurſachen, weil er nicht bey der Hauptſache, ſondern blos bey der Nebenſache vorkam. War alſo der Handel an ſich gültig, ſo kam es nur darauf an, weſſen Abſicht, bey dieſer Uneinigkeit der Partheyen, zum Grunde zu legen? **Labeo** entſcheidet für den Verkäufer; nicht darum, weil, wie **Merillius** [16]) annimmt, der Käufer die Bedingung von der Mitgabe des Stichus gemacht hatte, denn **Averanius** [17]) hat das Gegentheil erwieſen; ſondern weil der Verkäufer hier der Schuldner war, dem die Wahl zuſtehet, wenn unter mehreren Sachen gleiches Namens oder von gleicher Art

15) Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXIX. med. 7. et 8.

16) Variantium ex *Cujacio* Lib. III. cap. 11. Eben der Meinung ſind auch *de* RETES Opuſcul. Lib. I. cap. 24. nr. 21. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. LXIII. §. 4.

17) Interpretation. iuris Lib. II. cap. 2. n. 15. ſqq.

Art eine überhaupt den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht [18]), wie van de Water [19]) und Averanius [20]) ganz richtig behaupten. Merkwürdig iſt es indeſſen, wenn das Geſetz ſagt: eum Stichum deberi, *quem venditor intellexerit.* Der Verkäufer hat alſo nicht die Wahl, welchen Stichus er jetzt geben will, da von deſſen Ablieferung die Frage iſt. Nein, es kommt darauf an, welchen Knecht er zur Zeit des abgeſchloſſenen Contracts für den Käufer beſtimmt hatte, welches in Ermangelung eines andern Beweiſes allenfalls durch Eidesdelation ausgemacht werden kann [21]).

c) Wenn ein Irrthum nur in Anſehung der Zahl, des Maaßes oder Gewichts vorgegangen [22]).

d) Wenn

18) *L. 106. D. de Verb. Obligat. L. 25. L. 60. D. de contrab. emt. L. 54. §. 1. D. de action. emti vend.*

19) Obſervation. iur. Rom. Lib. II. cap. 14. pag. 189.

20) cit. loc. n. 28. ſqq.

21) Ueber die *L. 34. pr. D. de contrah. emt.* haben auſſer den angeführten Schriftſtellern mehrere commentirt, als CUJACIUS Lib. I. Obſervat. cap. 10. L. IX. cap. 37. et Lib. XXIII. cap. 31. HOTOMANNUS Lib. XIII. Obſervat. cap. 10. *Radulph.* FORNERIUS Lib. III. rer. quotidian. cap. 28. *Guil.* FORNERIUS Lib. II. Selectio. cap. 18. CHARONDAS Lib. III. Veriſimil. cap. 11. *Ant.* FABER Rational. ad Pandect. h. L. CONSTANTINAEUS Lib. II. ſubtil. enodation. cap. 16. POTHIER in Pandect. Iuſtin. T. I. Tit. de contrah. Emt. Nr. XXXVII. Not. k. deren Meinungen *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. II. Theſ. Iur. Rom. pag. 27. und Weſtphal in der Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 34. geprüft haben.

22) S. STRUV Diſſ. cit. de effectu error. in contractu E. V. Th. 66. et 67.

d) Wenn ſich die Paciscenten in der Art und Güte der Materie geirrt haben. Z. E. das Gold oder Silber iſt von ſchlechterem Gehalt, als die Partheyen geglaubt [23]; oder das Holz iſt nicht von der Art, als die Paciscenten ſich vorgeſtellet hatten [24]). Ein ſolcher Irrthum ſoll nach den Geſetzen den Handel nicht vereiteln, ſondern deshalb nur das Intereſſe präſtirt werden. Jedoch dürfte dieſe Regel wohl billig in dem Falle eine Ausnahme leiden, wenn der Irrende ein beſonderes Intereſſe darthun könnte, warum die Materie der Sache gerade von der Qualität und Güte ſeyn müſſe, als er ſich vorgeſtellet, und behandelt hat, weil ihm auſſerdem dieſelbe zu dem Zweck unbrauchbar ſeyn würde, wozu er ſie beſtimmt hat [25]).

§. 299.

Fortſetzung der Lehre von den Wirkungen des Irrthums bey Verträgen, und zwar, wenn nur einer von beyden Theilen geirrt hat.

Wenn bey Schlieſſung eines Vertrags nur der eine Theil allein irrt, ſo kommt in Abſicht auf die Wirkung des Irrthums nicht wenig darauf an, ob derſelbe mit einem Betrug des andern Theils verbunden iſt, oder nicht. Im erſtern Falle, wenn mein Mitcontrahent meinen Irrthum

 ent-

23) *L. 10. D. de contrah. Emt.* Si aurum quidem fuerit; deterius autem, quam emtor exiſtimaret, tunc emtio valet.

24) *L. 21. §. 2. D. de act. E. V.* Quamvis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emtionem eſſe; tamen venditor teneri debet, quanti intereſt, non eſſe deceptum. Et *ſi venditor quoque neſciet*; veluti, ſi menſas quaſi citreas emat, quae non ſunt.

25) STRUV cit. Diſſ. Th. 47.

entweder vorſetzlich veranlaßt hat, oder mich in meinem Irrthum, den er wohl gemerkt, durch betrügliches Still- ſchweigen, ſtecken laſſen, ſo treten die oben vorgetragenen Grundſätze vom Dolus ein, und der Vertrag iſt entweder ganz nichtig, wenn der dolus cauſam dans iſt, oder ich bin nur befugt, auf Schadensersatz zu klagen, wenn der dolus meines Mitcontrahenten nur incidens iſt [26]). Weiß hingegen mein Mitcontrahent von meinem Irrthum nichts, ſo iſt vorzüglich darauf zu ſehen, ob derſelbe leicht zu vermeiden geweſen, wenn ich es nicht an der gehörigen Erkundigung hätte ermangeln laſſen, oder wenn ich nur einige Aufmerkſamkeit hätte brauchen wollen, (error vincibilis) oder ob der Irrthum, der nöthigen Vorſicht ungeachtet, nicht vermieden werden können (error invincibilis). In jenem Falle verdient der Irrthum keine rechtliche Nachſicht, und der Irrende hat hier den Schaden, den er leidet, ſeiner Sorgloſigkeit zuzuſchreiben [27]). Um jedoch zu beurtheilen, ob der Irrthum verzeihlich oder nicht zu entſchuldigen ſey, kommt es auf den Grad des Fleißes an, den der Irrende nach der Natur des eingegangenen Contracts anzuwenden ſchuldig war [28]). Da nun die Geſetze in der Regel

26) *L.* 11. *§.* 5. *D. de act. emti vend.*

27) Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, non intelligitur ſentire, ſagt *L.* 203. *D de R. I.*

28) *Chriſtph. Lud.* CRELL in Diſſ. de ignorantia facti proprii interdum innocua, ad L. 22. D. de condict. indeb. *Vitemb.* 1741. §. 3. pag. 11. ſagt: *Auſim affirmare, naturam negotii inprimis aeſtimandam eſſe, in quo quis errore et ignorantia ſe deceptum eſſe conqueratur: ut, ſi error in contractu obvenerit, in quo diligentia maxima deſideretur, hic demum* ERROR PROBABILIS *et* TOLERANDUS *dici poſſit, qui ſurrepſerit invito, et curioſiſſime*

gel nur gewöhnlichen Fleiß erfordern, ſo iſt in dieſer Hinſicht jeder Irrthum zu entſchuldigen, mit welchem nur kein hoher Grad von Nachläßigkeit verknüpft iſt [29]). War der Irrthum unvermeidlich, ſo iſt er entweder in weſentlichen Stücken des Vertrags oder bloß in Nebenſachen vorgefallen, wodurch man nicht gerade zur Eingehung des Vertrags bewogen worden iſt. Iſt ein Paciscent in Anſehung der Hauptſache oder anderer weſentlicher Umſtände

 des

ſiſſime inveſtiganti, ut ne culpa quidem leviſſima errantis accuſari poſſe videatur. Contra, in quibus negotiis diligentiam ordinariam, ut in plerisque, exigimus, quae cum boni patrisfamilias officio coniuncta ſit, in his inveſtigationem quidem, ſed non ſcrupuloſam et nimis ſolicitam deſideremus, ut ignorantiae excuſatio locum invenire poſſit. — Igitur apparet, ex gradu negligentiae conſtitui, utrum ignorantia errantis ferenda eſſe videatur. Sed gradum diligentiae cum in aliis negotiis alium omnino exigamus, non poteſt eſſe obſcurum pro natura negotii alium atque alium errorem excuſatione dignum et probabilem haberi.

29) *L. 15. §. 1. D. de contr. emt.* Ignorantia emtori prodeſt, quae non in ſupinum hominem cadit. — *L. 6. D. de iur. et facti ignor.* Nec ſupina ignorantia ferenda eſt factum ignorantis: ut nec ſcrupuloſa inquiſitio exigenda. Scientia enim hoc modo aeſtimanda eſt, ut neque negligentia craſſa aut nimia ſecuritas ſatis expedita ſit, neque delatoria curioſitas exigatur. — *L. 9. §. 2. D. eodem.* Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, ſi non ei ſumma negligentia objiciatur: quid enim ſi omnes in civitate ſciant, quod ille ſolus ignorat? Et recte LABEO definit, ſcientiam neque curioſiſſimi neque negligentiſſimi hominis accipiendam: verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere poſſit. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 204. NETTELBLADT Syſtem. elem. iurisprud. poſit. Germanor. comm. general. §. 211.

des Vertrags in einem ſolchen Irrthum geweſen, daß er den Vertrag zuverläßig nicht geſchloſſen haben würde, Falls er die wahre Beſchaffenheit der Sache gewußt hätte, ſo kann wegen Mangels der Einwilligung das Verſprechen des Irrenden nicht gelten. Im letztern Falle hingegen bleibt das Geſchäft in ſeiner Gültigkeit, nur muß der hieraus entſtandene Schade dem Irrenden vergütet werden. Ich ſchließe dieſe Lehre mit folgenden zwey allgemeinen Bemerkungen.

Erſtens: dem Paciscenten, welcher eines vorgefallenen weſentlichen Irrthums wegen auf die Zernichtung des ganzen Handels klagen könnte, ſtehet es frey, den Vertrag, wenn er will, für gültig anzunehmen, und mit der daraus entſpringenden Klage ſein Intereſſe zu fordern. Der Mitcontrahent hingegen, welcher nicht verletzt iſt, wenn er ſich gleich in eben dem Irrthume befinden ſollte, kann aus dieſem Grunde keinesweges vom Contract abgehen, ſondern iſt zur Erſetzung des Schadens verbunden [30]).

Zweytens: da Irrthum im Zweifel nicht vermuthet wird, ſo liegt der Beweis derjenigen Parthey ob, welche denſelben für ſich anführt [31]). Es kann auch deshalb auf den Eid erkannt werden [32]).

§. 300.

30) *L. 45. D. de contrah. emt.* STRUV Diſſ. de effectu erroris in contr. E. V. Th. 55.

31) *L. 4. Cod. de iuris et fact. ignor.* STRUV cit. Diſſ. Th. 10. HOFACKER cit. loc. §. 205.

32) MASCARDUS de probation. Concl. 882. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſtit. XXII. Defin. 6. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 5. Not. 19.

§. 300 u. 301.

III. Von der Furcht, und ihrem Einfluß auf die Gültigkeit der Verträge.

Zu den Hinderniſſen der freyen Einwilligung gehört ferner Furcht und Zwang. Unter Furcht verſtehet man die Verabſcheuung eines bevorſtehenden, gegenwärtigen, oder künftigen Uebels. Ulpian[33]) ſagt: *Metus eſt inſtantis vel futuri periculi cauſa mentis trepidatio.* Dieſe Furcht iſt nun entweder von einem andern durch wirkliche Androhung eines Uebels erregt worden, was den Bedroheten treffen ſoll, wenn er ſich nicht nach dem Willen des Drohenden fügt, oder ſie beſtehet in einer bloßen Einbildung, ohne daß dem ſich Fürchtenden von Jemanden ein Uebel gedrohet worden iſt. In jenem Falle wird die Furcht in den Geſetzen[34]) *metus praeſens, metus illatus,* in dieſem aber *metus non illatus,* oder *ſuſpicio inferendi eius* genennt. Iſt nun der metus illatus, ſo heißt die wirkliche Androhung eines Uebels, wodurch man jemanden nöthiget etwas zu thun, was er ſonſt unterlaſſen haben würde, Zwang (*vis compulſiva*). Dieſe

33) *L. 1. D. Quod metus cauſa geſt. erit.*

34) *L. 9. pr. D. eodem.* Metus praeſens erfordert jedoch nicht nothwendig, daß auch die gedrohete Gefahr gegenwärtig, und das Uebel auf der Stelle ausführbar ſey, wie LAUTERBACH in Colleg. Pandect. lib. IV. Tit. II. §. 11. dafür hält. Nein, ein metus praeſens entſtehet überhaupt aus der Androhung eines Uebels, wenn die zu beſorgende Gefahr auch noch entfernt iſt, wie LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LVIII. medit. 1. ganz richtig bemerkt hat. Man vergleiche auch DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XV. Cap. 39. pag. 818. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 207.

Furcht wird nun ferner entweder von einem ſolchen erregt, welcher befugt iſt, Zwangsmittel zu gebrauchen, wenn der Bedrohete ſich ſeinem Willen widerſetzt, oder der, welcher mich in Furcht ſetzt, iſt nicht dazu befugt geweſen. Jene wird eine rechtmäſige Furcht, *metus iuſtus* [35]), dieſe hingegen eine unrechtmäſige Furcht (*metus iniuſtus*) genennt. Eine unrechtmäſige Furcht kann entweder auf Seiten deſſen, der in Furcht geſetzt wird, eitel (*metus vanus*) oder ſie kann gegründet ſeyn (*metus non vanus*, ſ. *iuſtus*), je nachdem entweder die Ausführbarkeit des gedrohten Uebels nach der beſondern Beſchaffenheit deſſelben oder nach dem beſondern Zuſtande des Drohenden ganz unwahrſcheinlich oder wohl gar ſchlechterdings unmöglich iſt, oder nicht. Die Geſetze nennen eine gegründete Furcht metum non vani hominis, ſed qui merito et in hominem conſtantiſſimum cadit [36]). Ob nun aber die Furcht von dieſer Art ſey, iſt theils aus der Gröſſe des gedrohten Uebels und deſſen Ausführbarkeit, theils aus der Beſchaffenheit des Bedrohten, ſeinem Alter, Temperamente, Geſchlecht und körperlichen Zuſtande; theils aus der Beſchaffenheit deſſen, welcher die Furcht erweckte, zu beurtheilen [37]). Gewöhnlich muß die Drohung eine Gefahr für Leben, Geſundheit, Freyheit oder Ehre befürchten laſſen, wenn daraus eine compulſive Gewalt entſtehen ſoll, die meine

35) *L.* 3. *§.* 1. *D. eod.* Sed vim accipimus atrocem, et eam, quae adverſus bonos mores fiat: non eam, quam Magiſtratus recte intulit, ſcilicet iure licito, et iure honoris, quem ſuſtinet.

36) *L.* 6. *D. eodem.*

37) VOET in Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. II. §. 11. HUBER in Praelection. ad Pand. eod. lib. et tit. §. 2.

meine Willensäuſſerung beſtimmte [38]). Man ſetze alſo, daß Jemand Urkunden in Händen hätte, auf denen der Beweis meiner Familien-Rechte, oder meiner freyen Geburt beruhet, und ſelbige zu vernichten drohete, falls ich ihm eine verlangte Summe nicht geben will, deſſen Drohung fürchte ich mit Grund [39]). Eben ſo rechnen die Geſetze einem Mädchen, die etwas gegeben oder verſprochen hat, um ſich von angedrohter oder verſuchter Schändung zu befreyen, die Furcht, als rechtmäſig, an; denn ihre Ehre war in Gefahr [40]). Bey anderen Drohungen, welche keine unmittelbare Gefahr für Leben, Geſundheit, Freyheit oder Ehre beſorgen laſſen, muß, nach der Beſchaffenheit des angedroheten Uebels an ſich, und nach dem Verhältniß deſſelben zu dem Gegenſtande der darauf erfolgten Willenserklärung, von dem Richter vernünftig beurtheilt werden, ob dadurch die Einwilligung wirklich erzwungen worden ſey? Auch iſt, bey Beſtimmung des Einfluſſes der Drohung in den Willen des Bedroheten, zugleich darauf Rückſicht zu nehmen,

38) *L.* 5. *D. quod met. cauſ.* ſagt daher: *Metum* accipiendum, non quemlibet timorem, ſed *maioris malitatis.* Einige Ausgaben leſen *mali* ſtatt malitatis, wie z. B. PETRUS *ab* AREA BAUDOZA CESTIUS. Allein die Seltenheit des Worts *Malitas* giebt keinen Grund zur Emendation, zumal da auch in den Baſilicis nicht *κακοῦ*, ſondern μεγάλης κακοθελείας geleſen wird, wie ſchon HILLIGER ad *Donellum* Lib. XV. cap. 38. pag. 1381. bemerkt hat. Uebrigens iſt folgender Vers bekannt:

Excuſat carcer, ſtatus, mors, verbera, ſtuprum.

S. *L.* 3. *in fin.* *L.* 4. *L.* 8. *D. et L.* 4. *et* 7. *Cod. de his, quae vi metusve cauſ. geſta.*

39) *L.* 8. §. 1. *D. eodem.*

40) *L.* 8. §. 2. *D. eodem.*

wie der Bedrohte, in ſeiner Lage und nach der Beſchaffenheit ſeines Zuſtandes, die Sache angeſehen [41]). Denn hatte derſelbe wahrſcheinliche Gründe, das ihm gedrohete Uebel für ausführbar zu halten, ſo verdient er allerdings Entſchuldigung, wenn auch gleich der Drohende nicht im Stande war, ſeine Drohung zur Wirklichkeit zu bringen. Ehe ich die Folgen eines durch Furcht erzwungenen Vertrags beſtimmen kann, ſo muß ich zuvor noch einer Eintheilung der Furcht gedenken, welche bey Beurtheilung der Gültigkeit oder Ungültigkeit erzwungener Verträge eine vorzügliche Rückſicht verdient. Es kann nämlich die Furcht in Beziehung auf Verträge eben ſo, wie der Dolus, entweder *metus cauſam dans* oder *incidens* ſeyn, je nachdem entweder die Schließung des ganzen Vertrags, oder bloß die gegenwärtige Modification deſſelben durch die erregte Furcht veranlaßt worden iſt [42]). Dieß vorausgeſetzt,

41) *L. 3. D. Ex quib. cauſ. maior.* ſagt: Quis ſit iuſtus metus *ex affectu metuentis* intelligi debet, *cuius rei disquiſitio iudicis eſt.* Man ſehe LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LVIII. med. 3.

42) Daß dieſe Eintheilung gegründet ſey, hat Cujaz in Commentar. ad L. 36. D. de Verb. Obligat. gezeigt. Schon CICERO de Officiis Lib. I. cap. 10. redet von Verträgen, die durch Furcht oder Betrug veranlaßt worden ſind, auf eine ſolche Art, als ob bey beyden eben daſſelbe Rechtens geweſen wäre; und in der *L. 14. §. 13. D. Quod met. cauſa* ſagt Ulpian ausdrücklich: Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri. Man ſetze alſo, daß der Verkäufer, welcher ſein Grundſtück zum Verkauf angeboten, von dem Käufer wäre gezwungen worden, daſſelbe um einen zu geringen Preiß zu verkaufen, ſo iſt hier der metus nur incidens. *L. 5. C. de his, quae vi metusve cauſa geſta ſunt.*

ſetzt, ſo entſtehet nun die Frage, was Furcht und Zwang für Einfluß auf die Gültigkeit eines eingegangenen Vertrags habe [43]). Es ſind hier folgende Fälle zu unterſcheiden. Der Paciscent iſt entweder von Jemanden in Furcht geſetzt worden, oder nicht, ſondern ſeine eigene Einbildung hat die Furcht erregt. Im letztern Falle iſt der Vertrag gültig, und die vorgegebene Furcht, wodurch der Vertrag ſoll veranlaßt worden ſeyn, verdient keine Rückſicht [44]). Dahin gehört auch, wenn die Furcht

43) Man findet dieſe Frage in folgenden Schriften erörtert: *Io. Frid.* RHETII Diſſ. de metu eiusq. operationibus in iure. (in *Diſſertat.* EIUS Vol. II. Nr. 9.) *Nic. Hier.* GUNDLINGII liber ſing. de efficientia metus tum in promiſſionibus liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum, auxiliisque contra metum. *Halae* 1711. 4. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. de exceptione metus iniuſti in ſtatu naturali et civili. *Halae* 1720. *Io. Chriſtph.* RUDOLPH Diſſert. de effectu metus in pactis et contractibus. *Erlangae* 1760. Chriſt. Heinr. Breunings Abhandl. vom Unterſchiede des röm. und teutſchen Rechts in den Geſchäften, ſo durch unrechtmäſige Furcht veranlaßt worden, in Siebenkees juriſtiſchen Magazin 2. Band S. 156. ff. und *Ge. Frid.* WALCH Diſſ. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex Iure Romano partim ipſo iure nullis partim a Praetore reſcindendis. *Ienae* 1790.

44) *L. 21. pr. D. Quod met. cauſa.* Si mulier contra patronum ſuum ingrata facta, ſciens ſe ingratam, cum de ſtatu ſuo periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiſerit, ne in ſervitutem redigatur, ceſſat Edictum, *quia hunc ſibi metum ipſa infert.* Verſchiedene Rechtsgelehrten erklären zwar dieſe Stelle de metu iuſte illato, als ZASIUS in Paratitl. ad Tit. D. quod met. cauſ. *Opp.* Tom. I. p. 41. DUARENUS in Commentar. ad eund. Tit. D. *Opp.* T. I. p. 77. und GUNDLING cit. libr. ſing.

Furcht aus bloßem Gefühl der Ehrerbietung gegen eine gewiſſe Perſon entſpringt, ohne daß ſolche durch Drohungen, oder Gewalt erregt worden iſt, (metus reverentialis)[45]). Im erſteren Falle iſt die Furcht entweder von dem Promiſſar ſelbſt, oder von einem Dritten erregt worden. Iſt erſteres, ſo kommt es wieder darauf an, ob die Drohung

ſing. Cap. III. §. 22. Allein die letztern Worte beweiſen das Gegentheil. Man ſehe RUDOLPH in der angeführten Diſſertation Sect. I. §. 7. in Nota, und Sect. III. §. 33. So viel iſt indeſſen nicht zu läugnen, daß, wenn der Patron ſeine Freygelaſſene bedrohet hätte, ſie wegen der gegen ihn bewieſenen Undankbarkeit wieder in die Sklaverey zurückzuziehen, dieſe Drohung gerecht geweſen wäre, und ein in dieſer Rückſicht angenommenes Geſchenk nicht würde haben zurückgefordert werden können, wie DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XV. cap. 39. pag. 818. n. 60. richtig bemerkt hat. Hierher gehört auch *L. 10. Cod. de his, quae vi metusve cauſ. geſta ſunt*, wo es heißt: Accuſationis inſtitutae vel futurae metu alienationem ſeu promiſſionem factam reſcindi poſtulantis, improbum eſt deſiderium. Daß dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle zu verſtehen ſey, wo der Promittens ſich vor einer ihm bevorſtehenden oder wider ihn ſchon angeſtellten Anklage gefürchtet, und, um dieſelbe abzuwenden, zu einem Verſprechen oder zu einer Veräußerung, ohne alle geſchehene Drohung, freywillig war veranlaßt worden, hat DONELLUS a. a. O. gezeigt. Wenn nun aber gleich metus non illatus, quem nullae minae praeceſſerunt, der Regel nach keine Rückſicht verdient, ſo macht doch LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LVIII. med. 3. die Ausnahme, ſi de periculo imminente aliunde certo conſtitit.

45) *L. 6. Cod. de his, quae vi metusve cauſ.* S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Diſſ. de metu reverentiali. *Gedani* 1707. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in preuß. Staaten. VII. Samml. S. 84. nr. 21.

hung deſſelben, wodurch die Furcht auf Seiten des Promittenten verurſacht wurde, rechtmåſig war, oder nicht. Im erſten Falle kann der Vertrag der Furcht wegen nicht angefochten werden [46]). Von dieſer Art iſt z. B. die Drohung, ſich ſeines Rechts geſetzmåſig bedienen zu wollen, wofern der andere ſich nicht zu einer gewiſſen Pråſtation in Gůte verſtehen wůrde. Das Verſprechen, wozu Jemand durch dieſe Aeuſſerung bewogen worden, iſt keinesweges fůr ein ſolches zu achten, was auf eine unrechtmåſige Art erzwungen worden, und daher ungůltig wåre [47]). Iſt hingegen die Furcht auf eine unrechtmåſige Art erregt worden, ſo iſt wieder zu unterſcheiden, ob der Promiſſar ſeinen Mitpaciscenten auf eine hinterliſtige und betrůgeriſche Art, unter dem Schein des Rechts, in Furcht geſetzt, und dadurch denſelben zu ſeinen Abſichten zu beſtimmen gewußt hat, oder ob derſelbe bey ſeinen Drohungen geradezu, und ohne eine ſolche Liſt, zu Werke gegangen iſt. Im erſteren Falle iſt nicht nur das ganze Verſprechen, welches ſich auf eine ſolche Concuſſion [48]) gründet, ungůltig, ſondern es iſt auch

46) RUDOLPH cit. Diſſ. Sect. II. §. 16. und Sect. III. §. 34.

47) Iuris enim executio non habet iniuriam, ſagt *L.* 13. *§.* 1. *D. de Iniur.* S. DONELLUS c. l. n. 30. Beyſpiele haben LEYSER cit. Specim. medit. 5. und STRYK in Uſu mod. Pandect. Lib. IV. Tit. II. §. 11.

48) Concuſſion iſt eine unerlaubte Erpreſſung durch erregte Furcht in dem andern, welche ohne angewandte Gewaltthätigkeit unter dem Scheine des Rechts verübt wird. Z. E. Man beſchuldiget Jemanden, daß er ein Verbrechen begangen, und drohet ihn mit der Anklage, wofern er uns nicht etwas beſtimmtes, welches man von ihm verlangt, geben wird, oder man verleitet Jemanden unter der Bedrohung eines langwierigen

auch der Paciscent, der ſich ihrer bedient hat, zur Wiederherausgabe desjenigen, was er auf eine ſolche unrechtmäſige Art von dem Promittenten erpreßt hat, nebſt Erſetzung alles verurſachten Schadens, gehalten[49]), wenn auch gleich die verübte Drohung nicht zureichend geweſen wäre, eine gegründete Furcht zu erwecken[50]). Iſt hingegen die Furcht ohne Concußion erregt worden, ſo kommt es darauf an, ob der in Furcht geſetzte Contrahent einen hinlänglichen Grund gehabt hat, ſich vor der ihm gedroheten Gefahr zu fürchten, und ſolche auch nicht anders, als durch Eingehung des abgenöthigten Vertrags, abzuwenden im Stande geweſen; oder ob die gegen denſelben gebrauchte Drohung keinen hinlänglichen Grund zur Furcht gab. Im letztern Falle kann der Vertrag, zu welchem Jemand durch eitle Furcht bewogen worden iſt, keinesweges für erzwungen geachtet, noch deshalb entkräftet werden[51]), vielmehr hat der

rigen und beſchwerlichen Proceſſes zu einem nachtheiligen Vergleiche. VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XLVII. Tit. 13. §. 1. ſagt daher ganz recht: *Quamvis omnis concuſſio metum contineat, non tamen viciſſim metus omnis concuſſionem habet, adeoque metus a concuſſione, ut genus a ſpecie, diſtinguitur.*

49) *L. 11. et 12. Cod. de his, quae vi metusve cauſa. L. 1. D. de Concuſſione. L. 3. C. de condict. ob turpem cauſam.* Quiſtorps Grundſätze des teutſchen peinl. Rechts 1. Th. §. 195. S. 286. Weſtphals Criminalrecht 102. Anmerk. §. 7. Schröters vermiſchte juriſt. Abhandlungen 2. Band S. 452. VOET a. a. O. §. 2.

50) BERGER in Oeconom. iur. Lib. III. Tit. X. Th. 5. Not. 2. und Steltzers Lehrbuch des teutſchen Criminalrechts §. 651.

51) *L. 7. pr. D. quod met. cauſ.* Si quis meticuloſus rem nullam fruſtra timuerit, per hoc Edictum non reſtituitur: quoniam neque

der ſich Fürchtende, wenn er dadurch Schaden leidet, ſolchen ſeiner eigenen Schuld zuzuſchreiben [52]). Vani enim timoris, ſagt Celſus [53]), juſta excuſatio non eſt. War hingegen die Furcht des Contrahenten gegründet, (ſi talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in conſtantem virum [54]), ſo iſt nach dem Naturrecht der ganze Vertrag null und nichtig, wenn ſolcher durch die erregte Furcht lediglich veranlaßt worden iſt, (metus cauſam dans); hat hingegen die Furcht nicht den Vertrag ſelbſt, ſondern nur die gegenwärtige Modification deſſelben veranlaßt, (metus incidens) ſo iſt der Vertrag an ſich nicht ungültig, ſondern nur die widerrechtlich erzwungene Modification deſſelben iſt in Anſehung des dadurch verletzten Paciscenten unverbindlich, und giebt ihm ein Recht, von dem andern deshalb einen Schadenserſatz zu fordern [55]). Eben dieſe Grundſätze befolgten die Römer bey den bloſen

neque vi neque metus cauſa factum eſt. RUDOLPH cit. Diſſ. Sect. I. §. 5. et 8.

52) RUDOLPH cit. Diſſ. Sect. II. §. 17. wo er zugleich den Einwurf einer ſcheinbaren Ungerechtigkeit hebt. S. auch HOFACKER in Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 207. nr. II. *Sam. Frid.* WILLENBERG in Selectis iurisprud. civ. P. II. Exercit. Sabbathin. LI. und MÜLLER D. de verbis minitantibus Cap. III. Th. 3.

53) *L.* 184. *D. de Reg. iur.* Dieſe Stelle gehört nicht zur Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, denn Celſus handelt in dem ſiebenten Buch ſeiner Digeſtorum von den Contracten, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandectar. de div. Regulis iuris pag. 732. ſqq. gezeigt hat.

54) wie P. HONORIUS *III.* ſagt in *Cap.* 28. *X. de Sponſalib.*

55) RUDOLPH cit. Diſſ. Sect. II. §. 17. Höpfner im Naturrecht §. 78.

ſen Verträgen [56]). Nur in Anſehung der eigentlichen Contracte machten ſie einen Unterſchied, ob ſie bonae fidei oder ſtricti iuris waren. Letztere waren nach dem ſtrengen Recht gültig, wenn ſie gleich durch ungerechte Furcht erzwungen worden [57]). Denn ſolche Contracte beurtheilten die Römer bloß nach ihrer Formel, und was nicht ausdrücklich darin feſtgeſetzt war, darauf wurde gar keine Rückſicht genommen [58]). Man beſtand daher um ſo mehr

56) *L.* 21. §. 3. *D. quod metus cauſa.* Si dos metu promiſſa ſit, non puto naſci obligationem: quia eſt veriſſimum, nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe. Eben ſo wird *L.* 13. *D. de Sponſalib.* geſagt: Filiofamilias diſſentiente, ſponſalia nomine eius fieri non poſſunt, und in der *L.* 22. *D. de ritu nupt.* heißt es: matrimonium inter invitos non contrahi. Die Worte: Si patre cogente filiusfam. ducit uxorem, quam non duceret, ſi ſui arbitrii eſſet, *contraxit tamen matrimonium*, ſind nicht entgegen, denn ſie ſind de metu reverentiali zu verſtehen, wie WALCH cit. Diſſ. Sect. II. §. 20. gründlich gezeigt hat. Daß übrigens die Römer nicht etwa blos diejenigen Verträge allein, wovon die angeführten Geſetzſtellen reden, der Furcht wegen für nichtig erklärt haben, ſondern daß eben dieſes auch bey andern bloſen Verträgen Rechtens geweſen, ergiebt ſich theils aus einer Conſtitution des Kaiſers Antoninus, welche im Cod. Gregorian. Lib. I. Tit. II. nr. II. beym SCHULTING *in Iurisprud. Antejuſtinian.* pag. 685. ſo lautet: *Pacta*, quae *ab invitis* contra leges conſtitutionesque fiunt, *nullam vim habere*, indubitati iuris eſt, theils aus einer Verordnung der Kaiſer Valens und Valentinian in *L.* 4. *Cod. Theod. de pactis*, wo es heißt: *Pacta* quidem per vim et metum apud omnes ſatis conſtat *caſſata viribus* eſſe reſpuenda.

57) §. 1. *I. de Exception.* *L.* 5. *Cod. de inutil. ſtipulat.*

58) Breuning in der angef. Abhandl. §. 6.

mehr auf ihre Gültigkeit, je mehr man ſich aus der ſtoiſchen Philoſophie überzeugt hatte, daß der Zwang die Einwilligung nicht aufhebe [59]. Solche Contracte mußten daher von dem Prätor, mittelſt der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, aufgehoben werden, wovon in dem zweyten Titel des vierten Buchs der Pandecten ausführlicher gehandelt wird. Mit den bonae fidei Contracten verhält ſich die Sache anders [60]. Bey dieſen ſahe man bloß auf Billig-

59) So z. B. ſagt Paulus *L.* 21. §. 5. *D. quod met. cauſa.* Quamvis, ſi liberum eſſet, noluiſſem, *tamen coactus volui.* S. ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 136.

60) Dieſe Lehre iſt zwar nicht auſſer Streit, denn mehrere berühmte Rechtsgelehrten behaupten, daß auch b. f. Contracte nach dem ſtrengen Recht gültig geweſen, und dagegen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand habe geſucht werden müſſen; als BACHOVIUS ad *τα Πρωτα* Tit. quod met. cauſa pag. 1004. in fin. et ſqq. HUBER in Praelect. ad Pandect. eod. Tit. §. 3. LAUTERBACH in Colleg. Th. pract. Pandect. Lib. IV. Tit. II. §. 22. ſqq. VOET in Commentar. ad Pandect. eod. Libr. et Tit. §. 2. COCCEJUS in Iure Civ. Controv. eod. Tit. Qu. 2. RHETIUS in Diſſ. de metu Cap. II. §. 1. et 2. u. a. m. Allein NOODT in libr. de forma emend. doli mali cap. 16. *Ian. a* COSTA in Commentar. in Decretales Gregorii IX. Lib. I. Tit. 40. pag. 250. ſqq. RUDOLPH cit. Diſſ. de effectu metus in pactis et contr. Sect. III. §. 35. DOMPIERRE *de* IONQUIERES in Specim. de Reſtitutionibus in integrum Tit. II. §. 17. pag. 93. ſqq. *Chriſt. Gottl.* BIENER in Hiſtoria iuris civ. de reſtitutionibus in integrum *Lipſiae* 1779. Cap. VI. pag. 28. *G. Fr.* WALCH cit. Diſſ. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex Iur. Rom. partim ipſo iure nullis, partim a Praetore reſcindendis Sect. I. §. 3. ſqq. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. c. l. pag. 335. Not. h. und *Chr. Guil.* WEHRN in doctr. iuris explicatr. principior et

Billigkeit, und die freye Einwilligung der Contrahenten wurde zur Subſtanz derſelben erfordert [61]). Sie waren alſo ſchon an ſich ſelbſt nichtig, wenn ſie durch ungerechte Furcht veranlaßt worden [62]). Jedoch konnte man ſich auch bey ſolchen Contracten des prätoriſchen Rechtsmittels mit Vortheil bedienen, wenn die ordentliche Klage aus dem Contract entweder nicht hinreichte, um das Seinige wieder zu erhalten, oder das prätoriſche Rechtsmittel ſonſt vortheilhafter war [63]), wovon in Tit. 2. des IV. Buchs ein mehreres vorkommen wird. Daß heutiges Tages aller Unterſchied zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Contracten wegfalle, iſt ſchon oben (S. 127.) bemerkt worden. Alle Contracte ſind in Deutſchland bonae fidei, und daher an ſich nichtig, wenn ſie durch ungerechte Furcht erzwungen worden ſind [64]).

Iſt

et cauſar. damni. Cap. II. §. 5. Not. 37. pag. 41. ſqq. haben jene Meinung ſo gründlich widerlegt, daß man ſich billig wundern muß, wie dennoch einige neuere berühmte Rechtsgelehrten ihr haben beypflichten können.

61) *L. 116. pr. D. de Reg. iur.* Nihil *conſenſui* tam contrarium eſt, *qui bonae fidei iudicia ſuſtinet*, quam *vis* et *metus*, quem comprobare contra bonos mores eſt.

62) *L. 1. Cod. de reſcind. vendit.* Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide geſtum eſt. *Malae fidei enim emtio irrita eſt.*

63) S. *L. 3. 4. et 5. Cod. de his, quae vi metusve cauſ. geſta ſunt. Ian. a* COSTA in Comment. ad Decretales cit. loc. pag. 253. NOODT cit. libr. cap. 16.

64) S. RUDOLPH cit. Diſſ. Sect. III. §. 40. Breuning in der angef. Abhandl. §. ult. Zwar iſt COCCEJUS in I. C. C. c. l. pag. 336. anderer Meinung; allein EMMINGHAUS ad Eundem Not. i. hat

Iſt die Furcht von einem Dritten erregt worden, welcher nicht Mitpaciscent iſt, ſo war die Drohung entweder gerecht, oder ungerecht. In dem erſten Falle, wenn z. B. die Obrigkeit durch rechtmäſige Drohungen und Zwangsmittel Jemanden zur Erfüllung ſeiner Schuldigkeit anhält, und dieſer, um ferneren Unannehmlichkeiten zu entgehen, hierdurch genöthiget wird, mit einem Dritten ein Geſchäft einzugehen, ſo iſt der Vertrag nicht ungültig [65]); geſetzt auch, daß der Schuldner, weil ihn die Noth drängte, das Seinige etwas wohlfeiler hätte verkaufen müſſen, als ſonſt geſchehen ſeyn würde [66]). Iſt hingegen die Furcht von einem Dritten durch widerrechtliche Drohungen erregt worden, ſo gab dieſelbe entweder nur die Gelegenheit, zur Schließung eines Vertrags, welchen der Drohende ſelbſt nicht beabſichtigte, oder der Drohende hat denſelbigen Vertrag intendirt, welcher der Furcht wegen eingegangen worden iſt. Im erſten Falle ſchadet die Furcht der Gültigkeit des Vertrags nichts, und findet dagegen nicht einmal eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtatt,

 weil

hat ihn bündig widerlegt. Auch ſchon das canoniſche Recht erklärt alle durch ungerechte Furcht erzwungene Geſchäfte für nichtig. *Cap. 2. et 4. X. de his, quae vi met. cauſ. fiunt. Cap. un. eod. in VIto.* GUNDLING in Tract. de efficientia metus Cap. IV. und BÖHMER in Diſſ. de exceptione metus iniuſti. Cap. III. §. 3. ſqq.

65) *L. 3. D. quod met. cauſ.* MEVIUS Part. II. Deciſ. 41. GUNDLING cit. libr. Cap. III. §. 21.

66) *L. 12. C. de reſcind. vendit.* Es muß jedoch das *non* vor den Worten *viliori pretio* billig mit Cujaz weggeſtrichen werden, wie auch Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 26. bemerkt hat,

weil hier die Läſion nicht aus dem Pactum entſpringt [67]). Im letztern Falle kommt es wieder darauf an, ob der Promiſſar darum gewußt hat, daß Promittent zu dem Vertrag gezwungen worden iſt, oder nicht. Iſt das erſtere, ſo iſt der Vertrag ungültig, wenn nur ſonſt die Furcht nicht ungegründet war [68]). Iſt hingegen letzteres, ſo iſt der Vertrag

67) *L. 9. §. 1. in fin. D. quod met. cauſ.* Eleganter POMPONIUS ait, ſi, quo magis te de vi hoſtium vel latronum vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel te obligavero: non debere me hoc Edicto teneri, niſi ipſe hanc tibi vim ſummiſi. Caeterum ſi alienus ſum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepiſſe videor. Hierher gehört auch *L. 34. §. 1. D. de donation.* Si quis aliquem a latrunculis vel hoſtibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipſo accipiat, *haec donatio irrevocabilis eſt:* non merces eximii laboris appellanda eſt: quod contemplatione ſalutis certo modo aeſtimari non placuit. Dieſe letztere Stelle iſt aus PAULI Sentent. Recept. Lib. V. Tit. XI. §. 6. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejuſt.* pag. 475.) genommen, jedoch vom Tribonian interpolirt. Uebrigens ſind die Ausleger über die Leſeart und Erklärung dieſer Stelle nicht einig. S. RUDOLPH cit. Diſſ. Sect. III. §. 30. und beſonders WALCHII Introductio in controverſias I. Civ. Sect. III. Cap. III. Membr. 1. §. 13. Not. *).

68) *L. 5. Cod de his, quae vi metusve cauſa.* Non intereſt, a quo vis adhibita ſit patri et patruo tuo, utrum ab emtore, an vero SCIENTE EMTORE ab alio, ut vi metuve poſſeſſionem vendere cogerentur. Verſchiedene Rechtsgelehrten wollen jedoch die Worte *ſciente emtore* für einen unächten Zuſatz halten, weil ſie in den *Baſilicis* Lib. X. Tit. 2. Tom. I. pag. 594. fehlen. S. SCHULTING Enarrat. part. prim. Digeſt. Lib. IV. Tit. II. §. 5. und DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Reſtitut. in integr. Tit. II. §. 23. pag. 106. Allein man ſehe RUDOLPH cit. Diſſ. §. 36. u. 37.

trag entweder ſchon erfüllt, oder nicht. Im letztern Falle kann ſich der Promittent gegen einen jeden, der ihn aus dem Verſprechen belangt, mit der exceptione metus ſchützen [69]). Im erſteren Falle hingegen iſt der Contract nicht ſchlechterdings ungültig, ſondern der Promißar muß ſich an den halten, der ihn durch widerrechtliche Gewalt in Schaden geſetzt hat. Sollte jedoch von dieſem nichts zu erhalten ſeyn, ſo kann auf ſolchen Fall dem lädirten Contrahenten die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht abgeſprochen werden [70]). Ich bemerke nur noch zum Schluß dieſer Lehre,

1) daß bloſe Perſuaſionen ein Verſprechen nicht entkräften, wenn nicht Betrug damit verbunden iſt [71]);

2) daß auch ein erzwungenes Verſprechen durch eine nachher erfolgte freiwillige, ausdrückliche oder ſtillſchweigende, Genehmigung gültig wird. Dahin gehört, wenn Promittens das Verſprechen freywillig erfüllt, oder zur Sicherheit deſſelben Bürgen ſtellt, oder Pfänder giebt [72]).

3) Daß ein Vertrag durch ungerechte Furcht erzwungen worden ſey, muß von dem erwieſen werden, der ſolches behauptet, und aus dieſem Grunde auf die Aufhebung deſſelben dringt. Dieſer Beweis muß um ſo bündiger geführet

69) *L.* 4. *§.* 33. *D. de doli mali et met. except.*

70) *L.* 14. §. 3. *D. quod met. cauſa. I. H.* BOEHMER in Tract. de matrimonio coacto. Cap. I. §. 11.

71) STRYK D. de iure perſuaſionis. LEYSER Specim. XLII. medit. 2. Vol. I. pag. 429.

72) *L.* 2. *L.* 4. *Cod. de his, quae vi metusv. cauſ.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 208. Not. b. p. 164.

ret werden, je mehrere Vermuthungen demſelben entgegen ſtehen [73]).

§. 302.

IV) Von der Simulation, und deren Wirkung bey Verträgen.

Die Einwilligung der Paciscenten muß endlich auch aufrichtig und im Ernſt erkläret seyn. Ein Scheinvertrag, den die Paciscenten im Ernſt nicht haben ſchließen wollen, iſt ungültig, und ſo gut als keiner [74]), inſofern ihn die Geſetze nicht etwa als ein Mittel vorſchlagen, ſein Recht zu erhalten [75]). Haben die Paciscenten unter dem Schein-

73) *L. ult. pr. D. quod met. cauſ.* MASCARDUS de Probationib. Concluſ. MLVI. nr. 12. Tom. III. pag. 147. und beſonders DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Reſtitutionib. in integr. Tit. II. §. 21. pag. 102. ſqq.

74) *L. 55. D. de contrab. Emt.* Nuda et imaginaria venditio pro non facta eſt. *L. 54. D. de obligat. et action.* Contractus imaginarii iuris vinculum non obtinent. *L. 21. Cod. de Transact.* Quae ſimulate geruntur, pro infectis habentur. *Ge.* SCHUBART Diſp. de contractu ſimulato. *Ienae* 1692. *Henr.* COCCEJI Diſſ. de Simulatione. *Francof.* 1693. a COCCEJI Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Quaeſt. 52. *Io. Sim. Franc. de* LICHTENSTEIN D. de ſimulatione circa matrimonium. *Goettingae* 1743.

75) Ein Beyſpiel giebt *L. 66. D. de iure dot.* Si uſusfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit poſt divortium circa reddendum ius mulieri: quoniam diximus, uſumfructum a fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis, et ſi extraneo cedatur, id eſt, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reuerſurum uſum-

Scheinhandel ein anderes Geſchäft verſteckt, ſo gilt die Regel: plus valet id, quod agitur, quam quod ſimulate concipitur [76]). Es kommt alſo darauf an, was die Partheyen für einen Vertrag wirklich haben abſchlieſſen wollen, dieſer gilt, ſofern er nichts wider die Geſetze enthält. Wenn

uſumfructum. Quidam ergo *remedii loco* recte putaverunt introducendum, ut vel *locet* hunc uſumfructum mulieri maritus, vel *vendat nummo uno:* ut ipſum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Nach getrennter Ehe mußte dos zurückgegeben werden. Allein hier hatte ein Extraneus die Nutznießung eines Grundſtücks dem Ehemann zum Heyrathsgut gegeben, und ſich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten. Folglich hatte die Frau ein Recht darauf erworben. Dieſer konnte aber dennoch der uſusfructus nicht cedirt werden, weil ihr die Proprietät des Grundſtücks nicht gehörte. Ein Scheinkauf oder Pacht ſchien alſo hier das einzige Mittel zu ſeyn, das Recht der Frau zu erhalten. S. *L.* 57. *D. Soluto matrim.* Man vergleiche *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. in *Theſ. Ottonian.* Tom. IV. pag. 508. ſqq. *Io. van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. III. cap. 11. pag. 330. ſqq. *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad triginta ICtor. omnia fragm. pag. 327. *Henr.* BRENKMANN Diatr. de Eurematicis Cap. XII. pag. 258. ſqq. Da man jedoch auch ſalvo uſusfructus iure, einem andern den Genuß der Früchte umſonſt überlaſſen kann, ſo iſt nicht abzuſehen, warum nicht uſusfructus eben ſo gut durch eine wahre Schenkung der Frau nach getrennter Ehe hätte überlaſſen werden können. Man ſehe *L.* 12. *§.* 2. und *L.* 38. *D. de Uſufructu,* auch *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano. pag. 596. ſq. Ein anderes Beyſpiel aus der *L.* 27. *D. depoſiti* führt *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. II. Tract. I. in *Theſaur. Meermann.* T. IV. pag. 80. an.

76) *Tot. Tit. Cod. plus valere, quod agitur.* (IV. 22.)

ich alſo Jemandem eine Sache ſchenken will, zum Schein aber ſie ihm verkaufe, und daher entweder eine ſolche Kleinigkeit dafür nehme, die gar nicht als ein Kaufpreiß gelten kann; (unus nummus) oder zwar einen billigen Preiß beſtimme, mich aber reverſire, daß ich ihn nicht fordern wolle, ſo gilt die Schenkung, nicht der ſimulirte Kauf [77]). Man ſetze aber, der Kauf ſey darum ſimulirt worden, um eine Schenkung unter Ehegatten dadurch zu bemänteln; ſo gilt weder Kauf noch Schenkung [78]). Hat Jemand bey Schlieſſung eines Handels zum Schein eines andern Namen gebraucht, ſo verpflichtet zwar dieſe Simulation den nicht, der ſich ihrer bedient hat, ſelbige zum Vortheil des andern wider ſich als Wahrheit gelten zu laſſen [79]); allein iſt die Ver-

77) *L.* 36. *et* 38. *D de contrah. Emt.* *L.* 46. *D. Locati.* *L.* 3. *Cod. de contrah Emt.* *L.* 9 *C. eodem.* S. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 29. und Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 5. Iſt eine Schenkung in einen Scheinkauf eingekleidet worden, ſo wird auch, wie Hermogenian *L. ult. D pro donato* lehrt, die Sache nicht pro emtore, ſondern pro donato uſucapirt. S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 593. In einem ſolchen Falle kann auch kein Retract ausgeübt werden; man ſehe Walchs Näherrecht 1. B. 3. Hauptſt. 2. Abſchn. §. 18. S. 158.

78) *L.* 5. *§.* 5. *L.* 7. §. 6. *L.* 32. *§.* 24. *et* 25. *L.* 52. *D. de donation. inter Vir. et Uxor.*

79) *L.* 5. *Cod. Si quis alteri vel ſibi ſub alterius nomine.* Cum propria pecunia tua te comparante poſſeſſionem, quondam uxoris tuae nomen tantummodo accommodaſſe dicas, eandemque occaſione cuſtodiae ſuae commiſſorum inſtrumentorum contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi uſurpaſſe dicas: rector provinciae pro ſua exercitatione cognitum habens, donationem a non domina, uxore tua, in filiam ſuam collatam, nullum prae-

Verſtellung zu eines Dritten Nachtheil gebraucht worden, ſo iſt dies eine Gefährde, wider welche der Dritte durch den Richter geſchützt werden muß [80]). In dieſem Falle kann zuweilen der Dritte auf die Erfüllung desjenigen klagen, was eigentlich nur zum Schein, um ihn zu hintergehen, verſprochen worden iſt [81]). Uebrigens wird jedoch im Zweifel

praeiudicium dominio tuo attuliſſe: docenti tibi, veritatem precibus tuis adſiſtere, reſtituere eandem poſſeſſionem, habita etiam fructuum taxatione, curabit. Der Mann hatte beym Erkauf eines Grundſtücks der Frauen Namen gebraucht. Dieſe hatte auch die Documente darüber im Beſchluß gehabt. Sie benutzte dieſe Gelegenheit, und ſchenkte das gekaufte Grundſtück, als ob es ihr wirkliches Eigenthum wäre, ihrer Tochter, da es doch nur eine Simulation geweſen. Nach getrennter Ehe wollte der Mann das Grundſtück vindiciren. Dieß hatte kein Bedenken, wenn er ſein Vorgeben beweiſen kann. S. Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf. §. 779.

80) *L. 7. §. 9. D. de pactis. L. 49. pr. D. de act. emti venditi.* Weſtphal a. a. O. §. 5.

81) Einen merkwürdigen Fall hat LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XLII. med. 5. Ein junger Menſch warb um ein reiches Mädchen. Um ihr Jawort deſto gewiſſer zu erhalten, beredete er ſeine Mutter, ihm eine anſehnliche Summe zur Mitgift zu verſchreiben, ſtellte ihr jedoch einen Revers aus, daß er dieſe Summe nie von ihr fordern wolle. Durch dieſen Betrug bekommt er die Braut. Nach einigen Jahren ſtirbt der junge Ehemann, und bald nach ihm ſeine Mutter. Die Witwe fordert nun von den Erben ihrer Schwiegermutter das ihr in den Ehepacten verſchriebene Gegenvermächtniß. Man ſetzt ihrer Klage den Revers ihres verſtorbenen Mannes entgegen; allein dieſer konnte ihr nicht präjudiciren. Denn die Mutter hatte ſie durch die zum Schein

keine Simulation vermuthet; ſie muß alſo von dem, welcher ſie vorſchützt, erwieſen werden [82]). Iſt dieß geſchehen, ſo iſt der ganze Scheinvertrag nichtig, wenn gleich der Einrede der Simulation ausdrücklich wäre entſaget worden [83]).

§. 303.

Der Gegenſtand des Vertrags muß 1) beſtimmt ſeyn. Ausnahmen dieſer Regel. Vom Vertrage über ungewiſſen Gewinn. Erklärung der *L. 8. D. de contrah. Emt. L. 12. D. de act. Emti Vend.* und *L. 39. §. 1. D. de Contr. Emt.*

Soviel hiernächſt den Gegenſtand des Vertrags betrift, ſo muß derſelbe 1) beſtimmt ſeyn. Ein Verſprechen, welches auf nichts Gewiſſes gerichtet iſt, iſt ungültig [84]). Denn der Promittent giebt dadurch zu erkennen, daß er nicht die Abſicht habe, ſich verbindlich zu machen, und da man nicht weiß, was er gemeint hat, ſo thut er ſeinem Verſprechen ein Genüge, wenn er auch etwas giebt, was gar keinen oder nur einen geringen Werth hat [85])

Dahin

verſchriebene hohe Ehesteuer blos zur Eingehung der Ehe und gleichmäſiger favorabler Ehepacten zu verleiten geſucht. Dieſe Gefährde konnte ihr nicht zu Statten kommen. Es wurde alſo für die Klägerin geſprochen.

82) *L. 6. et* 18. *§. 1. D. de probat.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIII. Th. 62. Not. ε. pag. 1574. MASCARDUS de probation. Concluſ. 439. Walchs Näherrecht 1. B. 3. Hptſt. 2. Abſchn. §. 18. Not. 2.

83) COCCEJI Diſputat. cit. §. 57. ſqq. BRUNNEMANN ad Codic. Lib. II. Tit. 20. L. 2. n. 8.

84) *L. 1. Cod. de dot. promiſſ.*

85) *L. 52. D. mandati. Chriſt.* THOMASII Diſſ. de obligatione ex promiſſione rei incertae. *Halae* 1715.

Dahin gehört a) wenn das Verſprechen auf ein bloſes Compliment hinaus läuft. Z. B. ich verſpreche Jemandem, daß ich bey Gelegenheit für ihn ſorgen will, oder ich mache Einem das Compliment: ich ſelbſt und mein ganzes Vermögen ſtünden allezeit zu ſeinem Befehl [86]). b) Wenn eine fungible Sache, die durch Zahl, Maas, oder Gewicht beſtimmt wird, ohne Beſtimmung der Quantität und Qualität verſprochen worden iſt. Z. B. Wenn ich Jemandem Getraide, oder Wein oder Holz verſprochen habe, ohne zu beſtimmen, was und wieviel er haben ſoll, ſo iſt das Verſprechen unverbindlich [87]). c) Wenn ein genus verſprochen worden, und dieſes ſo allgemein ausgedrückt iſt, daß es auch Dinge unter ſich begreift, die zu nichts dienen, z. B. ich verſpreche einem ein Thier. Iſt das genus nicht ſo allgemein ausgedrückt, z. E. ich verſpreche einem ein Pferd, ein Haus, ein Grundſtück; ſo iſt es zweifelhaft, ob das Verſprechen gültig ſey? **Papinian** verneinet dieſes an mehreren Orten. So ſagt er *lib. IV. Reſponſorum* [88]): Fundo non demonſtrato, nullam eſſe ſtipulationem fundi conſtat; und *lib. 2. Quaeſtionum* [89]): Imperfecta erit ſtipulatio, ſi fundum dari, non

86) SCHOEPFER de verbis honoris. THOMASIUS in Diſſ. cit. §. 21. ſqq.

87) *L. 115. pr. D. de Verbor. obligat.* Imperfecta erit ſtipulatio, non ſecus ac ſi quod pondere, numero, menſura continetur, ſine adiectione ponderis, numeri, menſurae ſtipulatus eſſem. Add. *L. 94. D. eodem. Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 15.

88) *L. 69. §. 4. D. de iure dot.*

89) *L. 115. pr. D. de Verb. Obligat.*

non adiecto nomine, ſtipulatus eſſem. **Ulpian** hingegen ſcheint das Gegentheil zu lehren, wenn er *lib.* 22. *ad Edictum* [90]) ſagt: Si quis fundum ſine propria appellatione, vel hominem generaliter ſine proprio nomine, aut vinum frumentumve ſine qualitate dari ſibi ſtipulatur: incertum deducit in obligationem. Daß hier von gültigen Stipulationen die Rede ſey, aus denen nur keine condictio certi, ſondern ein actio incerti ex ſtipulatu entſpringt, hat ſchon **Averanius** [91]) bemerkt. Ich glaube, es kommt darauf an, ob der Promiſſor ſelbſt dergleichen Sachen beſitzt, welche das verſprochene genus unter ſich begreift, oder nicht. Im erſtern Fall halte ich das Verſprechen nach **Ulpians** Meinung für gültig. Denn im Zweifel kann nicht vermuthet werden, daß Promittent nur habe ſcherzen wollen, weil Verträge in der Abſicht geſchloſſen werden, ſich zu verpflichten, und dem andern ein Recht zu übertragen. Man muß daher ein Verſprechen im zweifelhaften Falle ſo erklären, daß es beſtehen kann [92]). Hat alſo Jemand dem andern ein Pferd, oder ein Haus verſprochen, und Promittent hat eins oder mehrere Pferde oder Häuſer, ſo iſt er ſchuldig, eins davon zu übergeben. Welches aber? bleibt ſeiner Wahl billig überlaſſen [93]). Im letzteren

90) *L.* 75. *§.* 1. *D. eodem.*

91) Interpretat. iuris Lib. IV. Cap. 14. nr. 2. S. auch WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Digeſtor. Lib. XLV. Tit. I. §. 7. et 8.

92) *L.* 80. *D. de Verbor. Obligat.* Quoties in ſtipulationibus ambigua oratio eſt: commodiſſimum eſt id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto ſit. S. THOMASIUS cit. Diſſert. §. 31.

93) *L.* 106. *D. de Verb. obligat.*

letzteren Falle hingegen hat unſtreitig **Papinian** recht, weil hier der Gegenſtand des Verſprechens ganz ungewiß iſt. Denn Häuſer und Grundſtücke erhalten ihre willkührliche Beſtimmung von Menſchen [94]). Auch das Wort fundus hatte bey den Römern eine ſehr verſchiedene Bedeutung [95]), und konnte auf eine Kleinigkeit reducirt werden. Ein Pferd hat zwar ſeine Beſtimmung von der Natur. Daher behaupten auch verſchiedene Rechtsgelehrten, daß das Verſprechen gültig ſey, wenn das unbeſtimmte genus ſeine Beſtimmung von der Natur habe [96]). Allein in den Geſetzen iſt dieſe Ausnahme nicht gegründet, und es könnte ja auch hier der Promittent leicht durch Ueberlieferung eines Pferdes, welches von gar keinem Werth iſt, ſich ſeines Verſprechens entledigen [97]). Soll alſo ein Verſprechen gültig ſeyn, ſo iſt zwar nicht erforderlich, daß der Gegenſtand deſſelben müſſe individualiter beſtimmt ſeyn, ſondern es muß nur wenigſtens auf eine ſolche Art beſtimmt ſeyn, daß man daraus ſiehet, was der Promittent gemeint hat, und alſo derſelbe das Verſprechen durch ſeine Wahl und Willkühr nicht vereiteln kann; es mag übrigens ein Individuum, oder eine gewiſſe Quantität, oder ein beſtimmtes genus, oder ein gewiſſes factum den Gegenſtand des Vertrags

94) *L. 24. §. 3. D. de Legat. I.* Noſtra deſtinatione fundorum nomina et domus, non natura conſtituuntur.

95) Man vergleiche nur *L. 60. L. 115.* und *211. D. de Verbor. Significat.*

96) CUJACIUS ad lib. 4. Reſponſor. Papiniani. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 14. nr. 1. GOEDDAEUS in Commentar. ad L. 60. D. de Verbor. Significat. Axiom. II. nr. 8.

97) THOMASIUS cit. Diſſ. §. 35. et 44.

trags ausmachen. Es giebt indeſſen Ausnahmen, da auch ein unbeſtimmtes Verſprechen verbindlich iſt; nämlich 1) wenn entweder das Geſetz ſelbſt oder das Herkommen ſchon beſtimmt hat, was Promittent zu leiſten ſchuldig iſt. Dahin gehört, wenn der Vater ſeiner Tochter eine Brautgabe verſprochen hat, ſo iſt das Verſprechen verbindlich, wenn gleich das Heyrathsgut weder der Qualität noch der Quantität nach beſtimmt worden; weil ſchon die Geſetze ſelbſt den Vater zur ſtandesmäſigen Ausſtattung ſeiner Töchter verpflichten, wenn er auch kein Heyrathsgut verſprochen hat [98]). Der Richter muß das Quantum, den Umſtänden und der Billigkeit gemäß, beſtimmen [99]). 2) Wenn Promittent die Beſtimmung desjenigen, was er präſtiren will, auf ſein billiges Gutbefinden geſtellet hat. Hier entſcheidet der Richter ebenfalls nach den Regeln der Billigkeit [100]). Z. B. wenn ein Dritter, der nicht der Vater iſt, einen Brautſchatz nach Gutbefinden zu geben verſprochen hat, ſo gilt das Verſprechen, wenn gleich die Qualität des Heyrathsgutes ſo wenig, als die Quantität beſtimmt

98) *L.* 69. *§.* 4. *D. de iure dot.*

99) AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. IV. cap. 15. n. 9. et 10.

100) *L.* 24. *pr. D. locati. L.* 75. 76. 78. *et* 79. *D. pro ſocio. L.* 7. *D. de contrah. emt. vendit. L.* 22. *D. de Reg. iur.* Hätte der Promittent den Gegenſtand des Verſprechens blos in ſeinen Willen geſtellet, ſo wäre freylich das ganze Verſprechen unverbindlich. Z. B. *Si voluero, decem dabo.* Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an ſit obſtrictus, ſagt *L.* 7. *pr. D. de contrah. Emt.* Vid. *Pet.* BELLOJI Varior. iuris civ. Lib. III. cap. V. n. 5. (Tom. IV. *Theſ. Meermann.* pag. 700.)

ſtimmt iſt. Dem Promiſſar ſtehet in dieſem Falle eine Klage zu, wenn Promittent ſein Verſprechen nicht erfüllt, und der Richter wird das Quantum nach den Regeln der Billigkeit beſtimmen. Videtur enim boni viri arbitrium ſtipulationi inſertum eſſe [1]). 3) Gilt auch der Vertrag, wenn der Gegenſtand deſſelben in Beziehung auf etwas anders beſtimmt worden, durch deſſen Vergleichung ſelbiger gar leicht zur Gewißheit gebracht werden kann [2]). Z. E. ich verkaufe Einem meinen Getreidevorrath, der auf meinem Boden ſich befindet, um den Marktpreiß. 4) Wenn die Beſtimmung des Gegenſtandes einem Dritten überlaſſen worden, und dieſer nicht nur gewiß iſt, ſondern auch die Beſtimmung des Gegenſtandes übernimmt, und ſeine Taxe nicht wider die Regeln der Billigkeit ſtreitet [3]). Iſt der Dritte nicht beſtimmt, z. B. ich verſpreche einem, für ſein Pferd zu bezahlen, was ein ſachverſtändiger Mann für billig halten wird, und die Contrahenten können ſich über die Perſon des Dritten nicht vereinigen, ſo wird nichts aus dem Handel [4]). Eben ſo iſt es, wenn der Dritte die Beſtimmung des Preiſes nicht übernehmen will [5]). Es iſt übrigens einerley, ob die Sache, worüber paciscirt wird, ſchon zur Zeit des Vertrags exiſtirt, oder noch zukünftig iſt, denn auch über künftige noch ungewiſſe Dinge kann ein Ver-

1) *L. 3. Cod. de dot. promiſſ.*

2) *L. 75. §. 5. D. de verbor. obligat.*

3) THOMASIUS cit. Diſſ. §. 34.

4) *L. 25. D. Locati.*

5) *L. ult. Cod. de contrah. emt.*

Vertrag geſchloſſen werden, wenn nur eine Hoffnung vorhanden iſt, daß ſie zur Wirklichkeit kommen werden. Man nennt einen ſolchen Vertrag, der über einen Gegenſtand, deſſen Daſeyn noch ungewiß iſt, und von einer Caſualcondition abhangt, geſchloſſen wird, eine *Conventionem ſpei* 6). Es ſind hier zwey Fälle denkbar. Der Vertrag kann entweder ſolche ungewiſſe Dinge zum Gegenſtand haben, deren Gewinn von einem bloßen Glückszufall abhangt, der eben ſo oft trügen, als ſich ereignen kann; oder der Vertrag betrift ſolche Dinge, deren Wirklichkeit wenigſtens nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur ordentlicher Weiſe gehoft werden kann. Im erſtern Falle wird der Vertrag eine *conventio ſpei ſimplicis*, im letztern aber *conventio rei ſperatae* genannt. Z. B. wenn ich einem Fiſcher, der ſein Netz auswirft, für dieſen Fiſchzug einen Thaler verſpreche, ſo iſt dieſer Handel ein Vertrag über die bloſe Hofnung eines ungewiſſen Gewinnes. Wenn ich aber einen Vertrag über künftige Früchte, die noch erſt wachſen und reifen ſollen, ſchließe, ſo iſt dieſes ein Vertrag über eine gehofte Sache 7). Der Unterſchied beſtehet darin, daß

6) Hiervon haben geſchrieben *Adr.* BEIER Diſſ. de ſpe. *Ienae* 1661. *Ge. Heinr.* WEIDMANN Diſſ. de emtione ſpei. Altorf. 1678. *Io. Sam.* STRYK Diſſ. de eod. arg. WILLENBERG Diſſ. de ſpe vendita. *Henr. Melch.* SCHÜTTE Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa venditionem rerum futurarum. *Erf.* 1743. *Io. Ulr. de* CRAMER Spec. nov. iuris naturalis de aequitate in probabilibus exemplo emtionis ſpei illuſtrata. Edit. 2. *Erlangae* 1754. Ernſt Chriſt. Weſtphals rechtl. Abhandlung von dem Handel über künftigen ungewiſſen Gewinn. Halle 1783. 4.

7) LINCK D. de differentia ſpei et rei ſperatae in emt. venditione. *Caſp. a* RHEDEN de emtione ſpei et rei ſperatae.

daß beym Vertrag einer bloſen Hoffnung ſich's beyde Theile müſſen gefallen laſſen, es falle die Hoffnung aus, wie ſie wolle. Bekommt alſo der Käufer gar nichts, ſo muß er doch das verſprochene Kaufgeld geben [8]). Bekommt er aber auch einen auſſerordentlichen Gewinn, ſo muß ihm auch dieſen der Verkäufer für das bedungene Geld überlaſſen, wenn ſolcher auch den Kaufpreis noch ſo weit überſteigen ſollte [9]). Denn

8) *L.* 8. §. 1. *D. de contrah. emt.* Aliquando et ſine re venditio intelligitur: veluti cum quaſi alea emitur. Quod fit, cum captus piſcium vel avium emitur. Emtio enim contrahitur, *etiamſi nihil* inciderit: *quia ſpei emtio eſt.* — *L.* 11. §. *ult.* *D. de act. emti vend.* Cum futurum iactum retis a piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis a venatore, vel pantheram ab aucupe, etiamſi nihil capit, nihilominus emtor pretium praeſtare neceſſe habebit. *Panthera* heißt hier ſo viel als rete aucupatorium, ein Vogelgarn. S. DUCKER de Latinitate ICtor. veter. pag. 400. ſq. *Indago* und *plagae* ſind die Jägernetze und Vorhänge, womit man den Diſtrict umziehet, worin ein Treibejagen angeſtellt wird.

9) *L.* 12. *D. de act. emti vend.* Si iactum retis emero, et iactare retem piſcator noluit, incertum eius rei aeſtimandum eſt. Si, quod extraxit piſcium, reddere mihi noluit, id aeſtimari debet, quod extraxit. So wenig der Verkäufer durch Unterlaſſung des Fanges den Handel rückgängig machen darf, ſo wenig darf er dem Käufer das Gefangene vorenthalten, wenn er etwa viel mehr an Fiſchen gefangen, als der Käufer an Gelde verſprochen, und erſterer ſich weigern ſollte, den ganzen Fang für das wenige Geld zu geben. Wenn nun gleich das Geſetz in ſolchem Falle den Käufer berechtiget, durch Vergütung des Werths der Fiſche, Entſchädigung zu verlangen, ſo iſt doch dieſes billig nur von dem Falle zu verſtehen, wenn der Verkäufer den Fang nicht tradiren kann, oder wenigſtens der Käufer nicht auf die wirkliche Ueberlieferung beſtehet.

Denn beides iſt in der Natur eines ſolchen Handels begriffen, deſſen Gegenſtand auf einem bloſen Glückszufall beruhet. Bey dem Vertrage über eine Sache, die nach dem ordentlichen Laufe der Natur gehoft werden kann, verhält ſich die Wirkung anders. Der Handel iſt in dieſem Fall bedingt; die ſtillſchweigende Bedingung iſt, daß die gehoffte Sache einigermaßen zur Wirklichkeit komme, ſonſt iſt der Handel nichtig. Bey dem Kauf künftiger Früchte wird alſo erfordert, daß ſie der Hoffnung wenigſtens einigermaßen entſprechen. Sollte daher gar nichts gewachſen ſeyn, ſo iſt der Handel ungültig, weil die Bedingung deſſelben nicht eingetreten [10]). Sind weniger Früchte gezogen worden, als der Käufer

Denn daß der Käufer ſich mit einer bloſen Entſchädigung nicht begnügen zu laſſen braucht, ſondern auf die Aushändigung der Fiſche ſelbſt klagen könne, haben ſchon SONNEMANN in Praelect. ad LL. notabil. pag. 415. und WEIDMANN Diſſ. cit. de emtione ſpei Th. 32. bemerkt. Uebrigens ſind auch über die L. 12. *Vinc.* CABOTIUS Diſputation. Lib. II. cap. 24. (Tom. IV. *Theſaur. Meermann.)* und CUJACIUS in Comm. ad Dig. h. L. nachzuſehen.

10) *L. 8. pr. D. de contrah. emt.* Nec emtio nec venditio ſine re, quae veneat, poteſt intelligi: et tamen fructus et partus futuri recte emuntur: ut cum editus eſſet partus, iam tunc, cum contractum eſſet negotium, venditio facta intelligatur. Sed ſi id egerit venditor, ne naſcatur, aut ne fiant, ex emto agi poſſe. Dieſes Geſetz lehrt, daß ein Kauf ohne Waare, worüber gehandelt wird, nicht gedacht werden könne. Demohngeachtet aber könne man doch künftige Früchte, oder künftige Geburten gültig kaufen. Daß das Geſetz hiermit keine Ausnahme von jener Regel habe machen wollen, ſiehet man deutlich daraus, weil es erſt §. 1. in den Worten *aliquando tamen et ſine re venditio intelligitur*, zur Ausnahme ſchreitet, und dahin

Käufer gehofft hat, ſo muß der Käufer zwar den Schaden tragen, ſofern der Verkäufer dabey außer Schuld iſt; es iſt ihm aber auch ein außerordentlicher Gewinn nicht zu miß- gönnen. Denn es bleibt doch auch dieſer Handel in Rück-

dahin die emtionem ſpei rechnet. Bey dem erſteren Fall, da über künftige Früchte oder partus ein Kauf geſchloſſen wird, merkt das Geſetz weiter an, daß, wenn der partus zur Welt gekommen, vermöge einer rechtlichen Fiction anzunehmen ſey, als wenn derſelbe ſchon gleich anfangs, als der Handel ge- ſchloſſen worden, da geweſen ſey. Es iſt unſtreitig, daß hier die bekannte Regel zum Grunde liegt: conditio exiſtens retrotrahitur ad initium actus. Hieraus folgt nun von ſelbſt, daß der Kauf in dieſem Falle bedingt ſey. Die Bedingung aber kann keine andere ſeyn, als die, wenn Früchte wachſen, es ſeyn deren viel oder wenig; oder wenn die gehofte Geburt zur Welt kommen wird. So wie nun bey einem bedingten Ver- trag kein Theil die Exiſtenz der Bedingung hindern darf, ſo darf es nun auch hier nicht durch die Schuld des Verkäufers geſchehen, daß keine Früchte gezogen worden. Sonſt findet die actio ad id, quod intereſt, gegen ihn ſtatt. Dieß kann nun aber keinesweges ſo verſtanden werden, als wenn der Verkäufer, dafern nur ohne ſeine Schuld keine Früchte erzeugt worden, für gar nichts haften dürfe, folglich der Kauf den- noch gültig bleibe. Nein, es verſtand ſich nach der Natur eines bedingten Geſchäfts von ſelbſt, daß der Käufer ſein Geld wieder bekommen mußte, wenn die Bedingung nicht einge- treten. *L. 7. pr. D. eod.* Die Rede war nur von der In- tereſſenklage ex emto, wenn der Verkäufer die Exiſtenz der Bedingung gehindert hätte. Die Worte: *Sed ſi id egerit venditor* etc. gehen alſo unmittelbar auf das Vorhergehende. Die Ausnahme, welche §. 1. der L. 8. bey der emtione ſpei macht, lehrt offenbar, daß zwiſchen der emtio ſpei et rei ſperatae ein Unterſchied ſey. Unſerer Meinung ſind NOODT in

ſicht der Gefahr, die dabey abzuſehen, gewiſſermaßen ein pactum aleae. Dieß iſt wenigſtens die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten [11]), welche auch den Geſetzen allerdings gemäß

Commentar. ad Pandect. Tit. de contrah. emtione *Oper.* Tom. II. pag. 393. *Ant.* FABER Rational. in Dig. h. L. und POTHIER in Pandect. Iuſtinianeis Tom. I. Tit. de contrah. Emt. Nr. VIII. Not. c. pag. 489.

11) Auſſer den oben angeführten Schriften vergleiche man noch *Petr. Pantoja de* AJALA Commentar. in L. fin. Cod. de Aleatoribus (in *Theſ. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1055. n. 15.) COCCEJI Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 6. VOET in Comm. ad Dig. Tit. de contrah. emt. §. 13. STRYK de caut. contractuum Sect. II. cap. VIII. §. 9. et 10. *Mich. God.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. P. I. Tit. de contrah. Emt. §. 12. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. I. §. 91. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 866. Not. 1. Nur Weſtphal in der oben angef. Abhandlung iſt anderer Meinung. Er glaubt, bey einer emtione rei ſperatae ſey kein Unterſchied zu machen, ſondern bey derſelben müſſe eben das Rechtens ſeyn, was bey einer conventione ſpei ſimplicis gilt. Allein ſeine Gründe haben mich nicht überzeugt. Der Einwurf, wer eine ungewiſſe Sache kauft, übernimmt die Gefahr, hat allerdings Grund, hebt aber den in der *L.* 8. *D. de contrah. Emt.* gegründeten Unterſchied zwiſchen einer emtio ſpei ſimplicis und rei ſperatae nicht auf, weil ja auch in dem letzteren Falle der Käufer die Gefahr trägt, als welcher zufrieden ſeyn muß, wenn auch weniger Früchte gezogen worden ſind, als er für ſein Geld erwartete, und deßhalb keine Entſchädigung verlangen kann. Die angeführte *L.* 78. *§. ult. D. de contrah. E. V.* beweißt auch nichts gegen uns. Denn ſie entſcheidet blos die Frage, wofür der Verkäufer hafte, wenn er beym Verkauf künftiger Früchte durch Vertrag die Unglücksfälle übernommen? Nun lehrt zwar allerdings

mäß iſt. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß auch bey einem Handel über künftige nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur zu hoffende Dinge allerdings darauf zu ſehen ſey, ob man darüber, als über eine ganz ungewiſſe Sache, auf alle Fälle contrahirt habe, es mag davon etwas zur Wirklichkeit kommen, oder nicht; oder ob man den Vertrag mit ſolchen Beſtimmungen und Clauſeln geſchloſſen, daraus abzunehmen, daß man für ſein gewiſſes Geld auch eine ganz gewiſſe Waare haben, und folglich die Gefahr der noch zukünftigen Sache auf keine Weiſe übernehmen wolle. In jenem Falle iſt der Handel auf einen bloſen Zufall geſetzt, und der Käufer muß zufrieden ſeyn, er erhalte für ſein

dings dieſes Geſetz, daß an ſich der Verkäufer künftiger Früchte die Gefahr des Ausfalls nicht trage; weil ſonſt kein Verſprechen darüber nöthig wäre. Allein darüber iſt auch gar kein Streit. Die Gefahr trägt freylich in jedem Fall der Käufer, wenn ſie der Verkäufer nicht vertragsweiſe übernommen hat, daher erſterer auch beym Mißwachs keine Vergütung verlangen kann. Allein daß der Käufer ſolcher Früchte ſein Geld einbüße, wenn aus den Früchten gar nichts geworden, läßt ſich aus dem Geſetz nicht ſchließen. Vielmehr hat NOODT in Probabil. Lib. III. cap. 11. nicht ohne Grund erinnert, daß in dem Falle des Geſetzes der Schnee die Früchte nicht eigentlich verdorben hatte, ſondern dieß nur ein Vorgeben des Käufers geweſen, nach deſſen Wunſch die Erndte überhaupt nicht ausgefallen war. Uebrigens iſt ſelbſt die Leſeart des Geſetzes nicht auſſer Zweifel. Man vergleiche nur SALMASIUS Obſervat. ad ius Attic. cap. 24. HERALDUS Animadverſion. in SALMASIUM Lib. I. cap. 15. Ebenderſelbe in Obſervat. et Emendation. libr. cap. 30. (Tom. II. *Theſ. Ottonian.* pag. 1350.) und *Chriſtfr.* WAECHTLER in Notis ad *Noodt* probabil. *Vitemb.* 1681. pag. 122. (*Opuſcul.* pag. 332. ſq.)

Geld etwas oder nichts. Denn dafür hat er auch die Hofnung, einen viel grössern Gewinn zu ziehen, wenn ihm der Himmel günſtig iſt. Im letzten Falle hingegen darf der Käufer nicht die geringſte Einbuſe leiden, weil er hier keine Ausſicht zu einem beſondern Gewinn hat. Er bezahlt alſo nichts oder weniger, wenn er an den Früchten nichts oder weniger erhält, als ihm verſprochen worden [12]). Z. B. wenn

12) Von einem ſolchen Fall verſtehet man insgemein die *L.* 39. §. 1. *D. de contrah. Emt. Vendit.* wo es heißt: Veriſimile eſt, eum, qui fructum olivae pendentis vendidiſſet, et ſtipulatus eſt decem pondo olei, quod natum eſſet, pretium conſtituiſſe ex eo, quod natum eſſet, usque ad decem pondo olei. Idcirco ſolis quinque collectis, non amplius emtor petere poteſt, quam quinque pondo olei, quae collecta eſſent: a plerisque reſponſum eſt. Man ſehe COCCEJI Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 6. nr. 3. Weſtphal in der angef. Abhandlung §. 5. Not. 6. auch Ebenderſelbe in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 60. u. 61. und POTHIER in Pandectis Iuſtinian. Tom. I. Tit. de pactis Nr. LXXI. Not. c. et d. welcher letztere glaubt, daß ſtatt *emtor petere poteſt*, geleſen werden müſſe: ab emtore petere poteſt. Allein in dem Falle, von welchem das Geſetz redet, hatte der Käufer bey dem Beſitzer des Olivengartens keinesweges gerade zehn Pfund Baumöl beſtellt und behandelt, ſondern demſelben ſeine hangende Olivenfrucht überhaupt abgekauft. Der Verkäufer ſchätzte ſie auf zehn Pfund Oel, die ohngefähr aus den Oliven gepreßt werden könnten, und beſtimmte darnach den Kaufpreiß. Der Käufer ließ ſich das gefallen. Nun entſtand die Frage, wenn nur fünf Pfund Baumöl gewonnen worden wären, ob der Käufer mehr verlangen könne, oder ſich mit dem, was gewachſen, für ſein Geld begnügen müſſe? Es gehet dieß offenbar darauf, wer den Schaden zu tragen habe? Denn hätte der Käufer nun auch nur für fünf Pfund Oel bezahlen dürfen, ſo wäre

Wenn ich 20 Eymer Wein bey dem Beſitzer eines Weinbergs beſtellet, und um einen gewiſſen Preiß behandelt habe, die

wäre die ganze Frage lächerlich, ob der Käufer mehr verlangen könne, als gewachſen. Das Geſetz entſcheidet nun für den Verkäufer, dieſer brauche nicht mehr, als die fünf Pfund Baumöl zu liefern, der Käufer müſſe ſich damit begnügen. Denn da jener den Kaufpreiß darnach beſtimmt hatte, was dem Anſehen nach aus den hangenden Oliven gepreßt werden möchte, ſo ſtand er nicht dafür, wenn auch nicht gerade ſoviel Oel daraus geſchlagen werden könnte. Der Käufer hatte einmal das Riſico übernommen. Es beſtätigt alſo dieſes Geſetz vielmehr die vorgetragene Theorie von der conventione rei ſperatae. Uebrigens hat dieſes Geſetz am beſten erklärt *Zach.* HUBER in Diſſ. qua exponuntur et illuſtrantur duo loca Iuliani difficiliora ſub titulis Pandectar. de contrahenda Emt. et Venditione ac Locato et Conducto. Cap. II. (in EIUS *Diſſertat. iurid. et philolog.* Part. II. *Franequerae* 1706. pag. 340. ſqq.) Dieſer bemerkt ganz richtig, daß die Worte *ſtipulatus eſt* auf *pretium* zu ziehen, und folgendermaſſen zu leſen ſey: et ſtipulatus eſt decem pondo olei, quod natum eſſet, pretium, ſo daß alſo der Sinn dieſer Worte ſey, der Verkäufer habe ſich den Preiß von zehn Pfund Baumöl verſprechen laſſen. Dieſe Erklärung iſt darum billig vorzuziehen, weil man ſonſt die Worte *ſtipulatus eſt* für promiſit erklären müßte, wie Weſtphal in der angef. Abhandlung §. 5. Not. 6. gethan, welches aber ungewöhnlich iſt, da es vielmehr in unſern Geſetzen active für acceptare gebraucht wird. Anton Faber in Rational. in h. L. will zu mehrerer Deutlichkeit bey *decem pondo* noch pro vorgeſetzt haben, weil der Verkäufer ſich für 10 Pfund den Werth verſprechen laſſen. Allein dieſes iſt unnöthig, der Verkäufer hatte die Olivenfrucht überhaupt auf 10 Pfund taxirt. Die Worte: *quod natum eſſet,* gehen auf das ganze Gewächs. Es iſt alſo unrichtig, wenn Weſtphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 61. ſie ſo erklärt, als ob der

mir derſelbe bey der nächſtkünftigen Weinleſe aus dem Gewächs ſeines Weinberges ablaſſen ſoll, ſo übernehme ich keine Gefahr. Ich bezahle für die behandelte Quantität das verſprochene Geld, wenn ſie mir geliefert wird. Iſt alſo nicht ſo viel gewachſen, als ich behandelt habe, ſo bezahle ich nur für das, was da iſt, und, wenn gar nichts gewachſen, bezahle ich auch nichts.

§. 304.

Der Gegenſtand des Vertrags muß II) in der Gewalt der Paciſcenten und III) keinem geſetzlichen Verbot zuwider ſeyn.

Zur Gültigkeit eines Vertrags wird II) erfordert, daß derſelbe ein ſolcher ſeyn, worüber die Paciſcenten disponiren können. Hieraus folgt 1) daß über fremde Sachen, ohne Einwilligung des Eigenthümers, zu deſſelben Nachtheil, kein gültiger Vertrag geſchloſſen werden kann [13]. Dem Eigenthümer bleibt ſein Recht ungekränkt, und er kann ſolches mittelſt der Vindicationsklage wider jeden Beſitzer geltend machen [14], ſo lang ſolches durch Verjährung

Käufer von des Verkäufers Olivenfrüchten 10 Pfund Oel beſtellet habe. Nach pretium iſt ein Comma zu machen, und ſtatt *conſtituiſſe*, id conſtituiſſe zu leſen. Endlich bey den Worten *a plerisque reſponſum eſt*, muß man ſich die Particul ut hinzudenken; wie auch ſchon *Guil.* BEST de ratione emendandi Leges Cap. XVI. §. 2. bemerkt hat.

13) *L. fin. Cod. de pact.* — Cum in alienis rebus contra voluntatem domini aliquid fieri vel paciſci, ſecta temporum noſtrorum non patiatur.

14) Quia, invitis nobis, res noſtras alius retinere non debeat, ſagt Paulus *L. 25. §. 1. D. Soluto matrim.* Man vergleiche

jährung noch nicht erloſchen iſt [15]). Ob aber der Vertrag nicht wenigſtens unter den Paciſcenten verbindlich ſey? iſt eine Frage, welche in der Regel allerdings zu bejahen iſt [16]). Schon das Vernunftrecht überzeugt uns hiervon. Denn kann gleich der Dritte, über deſſen Sache ohne ſeine Einwilligung paciſcirt worden iſt, nicht darunter leiden, ſo iſt doch auch kein Grund vorhanden, warum die von andern ſich gegenſeitig darüber gethanen Verſprechungen, ſo gut als nicht geſchehen, angeſehen werden ſollten. Eben dieſes lehren aber auch die gemeinen bürgerlichen Rechte, nach welchen, in ſofern bloß von den Verbindlichkeiten der Contrahenten unter ſich die Rede iſt, fremde Sachen, auch ohne Einwilligung des Eigenthümers, verkauft, verpfändet, vermiethet, verborgt, zum Heyrathsgut u. d. ohne allen Zweifel gegeben werden können [17]). Der Empfänger muß die ihm geliehene, oder verpfändete, oder vermiethete Sache nach geendigten Contract demjenigen, von dem er ſie erhielt, zurückgeben, nicht anders, als ob ſie deſſelben Eigenthum wäre, und kann ſich nicht mit der Einrede ſchützen, daß die Sache einem andern zugehöre [18]). Bey einigen

N 5 Real=

gleiche auch L. 28. D. *de contrah. Emt.* L. 26. §. 2. D. *de pignor. et hyp.* L. 5. *et* 6. C. *de reb. alienis non alienand.*

15) L. 4. *Cod. de rei vindicat.*

16) *Pet.* FABER in Semeſtrium Lib. II. cap. 17. et 18. pag. 274. ſqq. HORN Diſſ. de iure circa rem alienam ſingulari.

17) L. 28. D. *de contrah. emt.* L. 9. *pr. et* L. 16. D. *de pign. act.* L. 15. D. *commodati.* L. 7. L. 9. *princ. et* §. *ult.* D. *locati.* L. 11. D. *Soluto matrim.*

18) L. 9. §. 4. L. 22. §. 2. D. *de pignorat. act.* L. 16. D. *commod.* L. 11. D. *Soluto matrim.*

Real-Contracten, wodurch ein Eigenthum übertragen werden ſoll, erfordern zwar die Geſetze zur Gültigkeit derſelben, daß derjenige, welcher den Contract durch die Uebergabe zur Perfection bringt, Eigenthümer der Sache ſey. Dahin gehört z. E. Darlehn und Tauſch-Contract. Wer nämlich dem andern fremdes Geld borgt, kann zwar dadurch ein Recht erhalten, ſolches zu ſeiner Zeit wieder zu fordern, hingegen auch verbindlich werden, dem Empfänger das Geld ſo lange zu laſſen, bis die beſtimmte Zeit verſtrichen iſt. Allein ein eigentliches Darlehn nehmen dennoch die Geſetze in dieſem Falle nicht an, denn dazu iſt das wirkliche Eigenthum des Geldes auf Seiten des Darleihers, und die Erwerbung deſſelben von Seiten des Empfängers ſchlechterdings nothwendig [19]. Es findet daher auch bey Ausleihung fremder Gelder actio mutui nicht ſtatt, ſondern nur ein condictio [20], und zwar, wie Noodt [21] dafür hält, die condictio ſine cauſa. Ferner, wenn bey einem Tauſche derjenige, welcher den Contract zuerſt erfüllet hat, eine ihm nicht eigene Sache dem andern Theile gegeben, ſo iſt der ganze Tauſchcontract nichtig [22]. Es kann zwar der

19) *L. 2. §. 4. D. de Reb. Credit.* In mutui datione oportet *dominum* eſſe dantem. *L. 13. pr. D. eodem.* Nam et ſi fur nummos tibi credendi animo dedit, *accipientis non facit;* ſed, conſumtis eis, naſcitur *condictio.*

20) *L. 12. in fin. L. 13. pr. et §. 1. L. 19. §. 1. in fin. D. de reb. credit.*

21) in Commentar. ad Pandect. Tit. de Reb. credit. Tom. II. *Operum* pag. 273.

22) *L. 1. §. 2. et 3. D. de Rerum permutat.* Permutatio ex re tradita initium obligationi praebet. Ideoque PEDIUS ait, *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Ein anders

der Empfänger nach geſchehener Entwährung entweder das Seinige zurück fordern, oder der Schadloshaltung wegen klagen, allein die Klage iſt hier nicht die actio praeſcriptis verbis, ſondern die actio doli oder actio in factum, je nachdem der Gegentheil entweder gewußt, daß die Sache, die er dem andern in Tauſch gegeben, eine fremde ſey, oder nicht [23]). Allein es ſind dieß, wie ein berühmter Rechtsgelehrter ſchon richtig bemerkt hat [24]), römiſche Spitzfindigkeiten, die heutiges Tages keinen Gebrauch haben. Denn wenn bey Verborgung fremder Gelder eben das Rechtens iſt, was beym Darlehn der eigenen gilt, ſo iſt es eine bloſſe Wortklauberey, daß man dieſſelbe kein Darlehn nennt, und ſtatt der condictio ex mutuo die condictionem ſine cauſa giebt. Daß ferner ein ungenannter Contract erſt durch die Uebergabe von Seiten des einen Contrahenten ſeine Verbindlichkeit erhält, iſt bloß römiſch,

ders iſt, wenn derjenige, welcher den Contract zuerſt erfüllet hat, eine ihm wirklich zugehörige Sache in Tauſch gegeben, und nur die Sache des andern Theils, der mit der Erfüllung nachgefolget, entwähret worden. Denn hier war der ungenannte Contract ſchon vor dieſer letzten Erfüllung vorhanden, ſie war alſo zur Vollkommenheit und Gültigkeit des Contracts nicht nothwendig, und folglich auch gleichviel, ob ſie rechtsbeſtändig oder nicht, mit eigenen oder fremden Sachen geſchehen. Hier konnte alſo der Contrahent, der die Eviction erlitten, ſeiner Schadloshaltung wegen actionem praeſcriptis verbis anſtellen.

23) *L. 1. §. 1. D. eodem. L. 5. §. 2. in fin. D. de praeſcript. verbis. L. 29. Cod. de Eviction.*

24) Ernſt Chriſt. Weſtphal in der rechtlichen Abhandlung von Verpfändung fremder Güter. Halle 1779. 4. §. 2.

römiſch [25]), und paßt auf Teutſchland nicht, wo alle billige Verabredungen an ſich verbindlich ſind. Daher auch die daher geleiteten Folgen in unſern Gerichten wegfallen müſſen. In Teutſchland alſo iſt der Satz ganz ohne Ausnahme wahr, daß ein Vertrag über fremde Sachen, wenigſtens in Abſicht der Paciſcenten unter ſich, eben ſo gültig ſey, als wenn derſelbe über eigene Sachen wäre geſchloſſen worden. Nur fragt es ſich, ob nicht von Seiten desjenigen, der aus dem Vertrage klagen will, erfordert werde, daß er in bona fide ſeyn, und alſo von dem Eigenthumsrecht des Dritten nichts gewußt haben müſſe? Hellfeld unterſcheidet, ob der Vertrag bedingt und auf den Fall ſey verabredet worden, da derjenige, welcher die fremde Sache verſprochen hat, noch ſelbſt das Eigenthum davon erwerben würde, oder ob er unbedingt geſchloſſen worden ſey. Im erſten Falle ſey der Vertrag gültig, wenn auch beyde Theile wißen, daß ſie über eine fremde Sache paciſciret haben. Im letzten Fall aber ſey der Vertrag ungültig, wenn derjenige, welcher daraus klagen will, gewuſt, daß die verſprochene Sache einem Dritten zugehöre, und dieſer in den Vertrag nicht gewilliget habe. Allein die Geſetze geben zuweilen auch demjenigen eine Klage aus dem Vertrage, welcher in mala fide iſt.

25) Schon verſchiedene römiſche Juriſten waren der Meinung, daß, wenn bey einem ungenannten Contract die Sache desjenigen, welcher mit Erfüllung deſſelben den Anfang gemacht, entwähret worden, der Schadloshaltung wegen die actio praeſcriptis verbis ſtatt finde. Dieſes behauptete z. B. Maurician, dem auch Ulpian beytritt *L. 7. §. 2. D. de pact.* Man vergleiche über dieſe Stelle NOODT de pactis cap. 9. und *van* WACHENDORF Diſſertat. de pactis nudis Cap. II. §. 7. in *Diſſertation. Triade* pag. 500. ſqq.

iſt. Man unterſcheide alſo vielmehr, ob die Rede iſt von der Zurückgabe der fremden Sache, welche dem Empfänger derſelben nach geendigten Contract obliegt, oder von der Verbindlichkeit zur Uebergabe, oder endlich von der Verbindlichkeit zur Schadloßhaltung im Falle einer erfolgten Entwährung. Im erſten Falle ſtehet auch ſogar dem Diebe die Contractsklage zu [26]), allein im andern Falle kommt es darauf an, ob der Vertrag unter der Bedingung des noch zu erwerbenden Eigenthums geſchloſſen worden iſt, oder unbedingt, im erſten Fall kann der Promiſſar, wenn dieſe Bedingung eingetreten, auf die Erfüllung des Verſprechens durch die Uebergabe der Sache klagen; im andern Falle hingegen kann der Promiſſar den Promittenten darauf, daß er ihm die verſprochene Sache tradire oder das Intereſſe leiſte, anders nicht belangen, als wenn derſelbe zur Zeit des geſchloſſenen Vertrags in bona fide geweſen iſt [27]); und eben dieſes wird auch in dem dritten Falle erfordert, wenn wegen der Entwährung eine Entſchädigungsklage ſtatt finden ſoll [28]).

2) Kann

26) *L. 16. D. Commodati.* Ita ut, etſi *fur* vel *praedo* commodaverit, habeat *commodati actionem.* — *L. 22. §. 2. D. de pignor. action.* Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneratitia actio. — *L. 1. §. 39. D. depoſiti.* Si *praedo* vel *fur* depoſuerit, et hos MARCELLUS *lib. 6. Digeſtorum* putat recte *depoſiti acturos:* nam intereſt eorum, eo quod teneantur.

27) *L. 34. §. 3. D. de contrah. emt. L. 30. §. 1. D. de act. Emti Venditi.*

28) *L. 16. §. 1. in fin. D. de pignerat. act. L. 27. Cod. de Eviction. L. ult. Cod. de commun. rerum alienat.*

2) Kann man auch über das Factum eines andern nicht paciſciren, über den man keine Gewalt hat [29]. Daß ein ſolcher Vertrag dem Dritten nicht präjudicire, deſſen Perſon er betrift, iſt auſſer Zweifel [30]. Allein es fragt ſich, ob das Verſprechen, daß ein Dritter etwas thun oder geben ſolle, nicht wenigſtens in Anſehung des Promittenten verbindlich ſey? Die Römiſchen Geſetze entſcheiden dieſe Frage nach der Natur der Stipulationen verneinend [31]. Denn dieſe wurden mit feierlichen Worten geſchloſſen, und auf dieſe Förmlichkeit beſchränkte ſich ihre ganze Rechtswirkung. Da alſo kein Dritter, welcher zur feierlichen Handlung ſelbſt nicht mit concurrirt hatte, daraus verbindlich werden konnte, ſo konnte ein fremdes Factum um ſo weniger der Gegenſtand einer Stipulation ſeyn, je ungereimter überhaupt das Verſprechen: Titius ſoll dir etwas leiſten, zu ſeyn ſcheinet, wenn man bey den Worten ſtehen bleibt [32]. Jedoch hatte dieſe Regel ihre Ausnahmen,

29) *L. 65. D. de Fidejuſſorib.* — Factum alienum inutiliter promittitur. Man vergleiche über dieſes Geſetz *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 962. ſqq.

30) Naturalis ſimul et civilis ratio ſuadet, ſagt *L. 39. D. de Negot. geſtis*, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere poſſe, deteriorem non poſſe. S. *Fratr.* BECMANNORUM Conſilia et Deciſiones P. I. Deciſ. 24.

31) §. 3. *I. de inutil. ſtipulat.* Si quis alium daturum facturumve quid promiſerit, non obligabitur: veluti ſi ſpondeat: *Titium quinque aureos daturum.* *L. 38. pr. de Verbor. Obligat.* Nemo autem, alienum factum promittendo, obligatur.

32) *L. 83. pr. D. de Verb. Obligat.* Inter ſtipulantem enim et promittentem negotium totum contrahitur: itaque alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur. Nam de ſe

men, wenn die Stipulation über das fremde Factum zugleich ein eigenes Factum des Promittenten enthielt. Denn ſo galt a) das Verſprechen: man wolle dafür ſorgen, oder dazu behülflich ſeyn, oder es dahin bringen, daß ein Dritter etwas thue oder gebe [33]). b) Manche Stipulationen, welche auf ein factum alienum ſich beziehen, waren ſchon ihrer Natur nach ſo beſchaffen, daß der Promiſſar ſich möglichſt bemühen muſte, den Dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, wenn er dieſes gleich nicht ausdrücklich verſprochen hatte, weil er im Contraventionsfalle das Intereſſe präſtiren muſte. Von dieſer Art waren die Stipulationes, alium iudicio ſiſti und rem ratam dominum habiturum [34]). c) Wenn der Promittent ſich zu einer

ſe quemque promittere oportet. Add. *L.* II. *D. de obligat. et action.* Dieſen iſt auch die *L.* 5. *D. de duobus reis* nicht entgegen, wo Julian ſagt: Nemo eſt, qui neſciat, *alienas operas* promitti poſſe, et fideiuſſorem adhiberi in ea obligatione. Denn Julian handelt *Lib.* 22. *Digeſtor.* aus denen die L. 5. genommen iſt, von den operis officialibus libertorum, dieſe konnte niemand als der Patron von dem Freygelaſſenen fordern, andere Dienſte aber, nämlich operas fabriles, pictorias etc. alſo Kunſt- und Handwerksdienſte konnte der Freygelaſſene auch anderen verſprechen. *Operae alienae* ſind alſo hier keine fremde facta, ſondern *operae aliae*, quam officiales, wie das Wort *alienus* für alius auch in andern Stellen der Pandecten gebraucht wird, als *L.* 9. *L.* 27. *D. de oper. libertor. L.* 3. *D. de rei vindicat.* S. CUJACIUS lib. V. Obſervation. cap. 35. et ad Lib. 22. Digeſtor. Iuliani d. L. 5. FINESTRES in Hermogeniano cit. loc. §. 2. pag. 963.

33) *§. 3. I. de inutil. ſtipulat.*

34) *L.* 38. *§.* 24. *L.* 81. *pr. D. de Verbor. obligat. L.* 18. *et* 19. *D. Rem. rat. haberi.*

einer Geldſtrafe oder zur Leiſtung des Intereſſe ausdrücklich verbindlich gemacht hatte, falls das Factum des Dritten nicht geleiſtet werden würde [35]). Endlich d) wenn das fremde Factum bloß auf die Erfüllung desjenigen gieng, wozu der Promittent ſchon ſelbſt verbunden war; z. E. der Schuldner verſprach dem Gläubiger, daß ein Dritter für die Schuld Bürgſchaft leiſten ſolle. Dieſes Verſprechen, wenn es auch mit bloſſen Worten, ohne eine förmliche Stipulation geſchehen, hatte doch auf jeden Fall die Wirkung eines Conſtitutums [36]). Allein auch dieſes ſind Subtilitäten des römiſchen Rechts, die heutiges Tages, da wir die Verträge nicht mehr mit feyerlichen Worten ſchließen, folglich auch nicht nach den Worten, ſondern nach der Billigkeit und der Abſicht der Paciscenten erklären, keine Anwendung mehr finden. Wenn daher heut zu Tage Jemand dem andern verſpricht, daß ihm ein Dritter etwas leiſten ſolle, ſo verſtehet man ein ſolches Verſprechen ſo, daß der Promittent ſich wenigſtens alle Mühe geben müſſe, den Dritten zu der verſprochenen Präſtation zu bringen [37]). Ob indeſſen der Promittent, wenn ſeine Mühe vergeblich geweſen, von ſeiner Verbindlichkeit frey, oder nicht vielmehr dem Promißar das Intereſſe zu leiſten ſchuldig ſey? iſt eine Frage,

35) §. 21. *I. de inutil. ſtipulat.* *L.* 38. §. 2. *D. de Verb. obligat.*

36) *L.* 14. §. 2. *D. de pecunia conſtit.*

37) S. VINNIUS in Comment. ad §. 3. I. de inutil. ſtipulat. nr. 3. in fin. VOET Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLV. Tit. I. §. 5. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 737. MÜLLER Obſervat. pract. ad LEYSERUM Tom. V. Faſc. II. Obſ. 864. Anderer Meinung ſind jedoch STRYK Uſ. Mod. Pandectar. Lib. XLV. Tit. I. §. 2. und PUFENDORF in Animadverſ. iuris. Animadv. 61. §. 5.

Frage, worüber unter den practiſchen Rechtsgelehrten ſehr geſtritten wird. **Wernher** [38]) behauptet, der Promittent thue ſeinem Verſprechen ein Genüge, wenn er, ſo viel an ihm iſt, allen Fleiß zur Bewerkſtelligung deſſen, wozu er ſich verbunden hat, anwendet, für den widrigen Erfolg aber dürfe er nicht haften. **Vinnius** [39]) hingegen, und **Bardili** [40]) glauben, daß der Promittent, im Fall der Dritte zu der verabredeten Präſtation nicht zu bewegen geweſen, zur Leiſtung des Intereſſe verbunden ſey. Nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten unterſcheidet man, ob Promittent bloß verſprochen, er wolle dafür ſorgen und ſich alle Mühe geben, daß ein Dritter etwas thue; oder ob er verſprochen, es dahin zu bringen, daß der Dritte dem Promiſſar dasjenige leiſte, was derſelbe verlangt. Im erſtern Falle ſey der Promittent von ſeiner Verbindlichkeit frey, wenn er das Seinige gethan, geſetzt auch, daß ſeine Mühe vergeblich geweſen. Im letzteren Falle aber müſſe derſelbe das Intereſſe leiſten [41]). Die richtigſte Meinung

38) Select. Obſervat. for. Tom. II. Part. X. Obſ. 311. Eben ſo auch BROKES in Select. Obſervat. for. Obſ. 39.

39) cit. loc. nr. 2. et 3.

40) in Tract. de obligatione faciendi. (*Tubingae* 1749.) §. 82.

41) COTHMANNUS Conſil. Vol. V. Reſp. 50. WESENBECIUS Vol. IV. Conſil. 177. nr. 17. et Conſil. 189. BACHOVIUS ad TREUTLERUM Vol. II. Diſput. XXVII. Th. 2. lit. G. MEVIUS Tom. II. Part. VI. Deciſ. 406. Part. VIII. Deciſ. 33. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXI. medit. 9. et 10. PUFENDORF cit. Animadverſ. §. 2. et 3. *Fratres* BECMANNI in Conſil. et Deciſion. Part. I. Deciſ. 24. u. a. m.

nung hat unſtreitig Hert [42]). Dieſer diſtinguirt, ob das Verſprechen, daß ein Dritter etwas leiſten ſolle, auf eine ſolche Art geſchehen, daß es eine Interceßion enthält, oder nicht. Im erſten Fall iſt freylich der Promittent zur Leiſtung des Intereſſe verbunden, wenn er gleich ſeiner Seits alles gethan, um den Dritten zur verſprochenen Präſtation zu bringen. Es kommt hier auf die Worte und die Natur des Geſchäfts an, bey welchem ein ſolches Verſprechen geſchehen iſt. Z. B. wenn ein gerichtlicher Anwalt, der mit keiner ordentlichen Vollmacht verſehen war, ſich verbindlich gemacht hat, dafür zu ſtehen, daß ſein Principal alles, was er in ſeinem Namen thut, genehmigen werde, und es erfolgt hernach des Principals Genehmigung nicht, ſo muß er dem Gegentheil alle Schäden und Koſten erſetzen [43]). Im andern Falle iſt darauf zu ſehen, ob der Promittent den Werth oder die Valuta desjenigen erhalten, was der Dritte leiſten ſoll, oder nicht. Im erſten Falle muß Promittent für den Erfolg ſeines Verſprechens von Seiten des Dritten ſchlechterdings haften, und auch der möglichſte Fleiß, den er ſeiner Seits angewendet hat, kann ihn von dieſer Verbindlichkeit nicht befreyen. Dieß iſt der Fall beym traſſirten Wechſelgeſchäft, ferner bey Ceſſionen, wenn Cedent dem Ceſſionar ausdrücklich verſprochen, dafür zu ſorgen, daß der Schuldner zur gehörigen Zeit Zahlung leiſten ſolle.

42) in Diſſ. de obligatione alium daturum facturumve. Sect. I. §. 8. ſqq. (Vol. I. *Opuſculor.* Tom. III. pag. 370. ſqq.) Dieſem ſtimmen auch *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 3. I. de inutil. ſtipulat. Höpfner a. a. O. und MÜLLER loc. cit. bey.

43) L. 13. *L.* 19. *D. rem rat. haberi.*

ſolle 44). Im letztern Falle hingegen hat ſich der Promittent entweder zur Leiſtung des Intereſſe ausdrücklich verbindlich gemacht, oder nicht. In dieſem Falle iſt der Promittent nur zum möglichſten Fleiß verbunden, hat er dieſen, wenn gleich vergeblich, angewendet, ſo iſt er von ſeinem Verſprechen frey 45). Denn im Zweifel muß man immer die billigere Erklärung Statt finden laſſen, weil eine Interceſſion nicht vermuthet wird; zumal wenn das Verſprechen bloß aus Freundſchaft für den Promißar, oder von Amtswegen geſchehen wäre 46). Uebrigens kann der Vertrag zuweilen auch in Anſehung des Dritten verbindlich werden, über deſſen Sachen oder Handlungen paciſciret worden iſt: nämlich wenn der Dritte den Vertrag genehmiget 47), oder derſelbe des Promittenten Erbe geworden iſt 48).

44) *Cedens enim nomen cum promiſſo curandi, ut ceſſionarius debito potiatur, non tantum tempore ceſſionis bonitatem eius, ſed et exactionem ideo et caſum praeſtare tenetur*, ſagt MEVIUS P. III. Deciſ. 206.

45) Z. E. wenn mir jemand eine fremde Sache verpfändet und verſprochen hat, dafür zu ſorgen, daß der Eigenthümer die Verpfändung genehmige. S. GMELIN Comment. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re ſibi non propria conſtituit. §. 51. pag. 182.

46) S. MEVIUS Part. VIII. Deciſ. 33. LEYSER Spec. DXXI. medit. 11.

47) *L. 20. pr. D. de pign. act.* Die Wirkung einer ſolchen ohne Einſchränkung erfolgten Genehmigung des Eigenthümers erſtreckt ſich zwar der Regel nach bis auf die Zeit des eingegangenen Vertrags zurück; *L. 16. §. 1. L. 21. pr. D. de pign. et hypoth. L. 6. §. 9. D. de negot. geſtis. L. fin. Cod. ad SCtum*

Endlich 3) ſind auch diejenigen Verträge ungültig und unverbindlich, die wider das Verbot eines Geſetzes geſchloſſen worden ſind [49]). Es folgt zwar nicht, daß eine Verabredung darum gleich ungültig ſey, weil ſie mit gewiſſen poſitiven Beſtimmungen der Geſetze nicht übereinkommt. Denn oft haben die Geſetze in den Angelegenheiten des Privat-

SCtum Macedon. *Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diſſ. de convaleſcentia vitioſae alienationis. (*Marburg.* 1745.) Cap. I. §. 40. Es darf jedoch dieſe Ratihabition nicht zum Präjudiz eines Dritten gereichen, der unterdeſſen, und ehe ſie noch erfolgte, ein Recht auf der Sache erworben hat. *L.* 24. *pr. D. rem rat. haberi.* Sie kann alſo nur inſofern retrotrahirt werden, als die Sache zur Zeit der Ratihabition noch in dem Zuſtande iſt, in welchem ſie zur Zeit des geſchloſſenen Vertrags war, welches GMELIN in der angef. Abhandl. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 46. mit merkwürdigen Beyſpielen erläutert.

48) *L.* 2. §. 5. *L.* 4. *L.* 38. *pr. et* §. 1. *et L.* 83. *pr. D. de Verb. Obligat. L.* 22. *D. de pignor. et hypoth* FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 965. und GMELIN cit. Commentat. §. 57. Dieſen iſt auch die *L.* 41. *D de pign act.* nicht entgegen, denn dieſes Geſetz redet von der hypothecariſchen Klage, welche ſich auf ein gültiges Pfandrecht gründet, nicht aber von der actione pignoratitia contraria, welche aus dem Pfandcontract wider den Eigenthümer, als Erben des Verpfänders, allerdings angeſtellet werden kann. S. Weſtphal von Verpfändung fremder Güter §. 11. Ein mehreres davon §. 1091.

49) *L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet. Man vergleiche über dieſe Stelle *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. lection. cap. 20. p. 299. CUJACIUS lib. I. Obſervat. c. 24. und beſonders Sammlung der röm. Geſetze (Frkft u. Leipzig 1785.) S. 29.

vatverkehrs nur darum gewiſſe Regeln feſtgeſetzt, damit dasjenige, was die Contrahenten ſelbſt nicht regulirt haben, nicht ganz ohne gewiſſe Vorſchrift dem Gutbefinden der Gerichte überlaſſen bleiben möge. Hier hängt es von der freien Willkühr der Parthеyen ab, ob ſie es bey den geſetzlichen Vorſchriften laſſen, oder die Rechte und Verbindlichkeiten in Anſehung ihrer Rechtsgeſchäfte durch beſondere Verträge ſelbſt beſtimmen wollen. Niemand wird dergleichen Verabredungen für unkräftig halten, wenn ſie gleich von der Vorſchrift der Geſetze abweichen; es wird vielmehr die Regel eintreten: pacta dant legem contractui, welche ſelbſt das römiſche Recht giebt [50]), ob es gleich bey Schließung der Verträge der natürlichen Freyheit mehrere Einſchränkungen ſetzt, als wir nach unſerer heutigen Verfaſſung annehmen dürfen. Allein, wenn aus einer poſitiven Vorſchrift die Abſicht der Geſetzgebung deutlich erhellet, daß dadurch den Privatverfügungen gewiſſe Gränzen geſetzt werden ſollen, wenn ſchlechterdings gebietende oder verbietende Geſetze die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit gewiſſer Privatverträge beſtimmen; ſo hat es kein Bedenken, daß die Gültigkeit der letzteren, und mit derſelben ihre gerichtliche Wirkſamkeit von der Uebereinkunft mit den Vorſchriften der Geſetzgebung abhängt [51]). In dieſem Falle heißt es, wie Papinian [52]) ſagt: Ius publicum privatorum pactis mutari non poteſt. Daher kann z. B. durch kein Pactum aus-

50) *L. 23. et 27. D. de Reg. iur. L. 7. D. de pact. L. 1. D. depoſiti.*

51) Webers ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 80.

52) *L. 38. D. h. t.*

ausbedungen werden, daß mir der andere, mit dem ich einen Contract zu ſchließen willens bin, den dolum nicht präſtiren ſolle, den er etwa gegen mich begehen würde [53]). Eben ſo unerlaubt, ſagt Paulus [54]), iſt auch der Vertrag, wenn ich dir verſprechen wollte, auf den Fall, daß du mich beſtehlen, mich injuriiren würdeſt, keine Diebſtahls- keine Injurienklage anzuſtellen. Denn ein ſolcher Vertrag würde Gelegenheit geben, Verbrechen zu begehen, welche die Geſetze doch verhüten wollen. Ein anders wäre, ſetzt Paulus hinzu, wenn Jemand dieſe Verbrechen ſchon gegen mich begangen hätte; denn kann ich ein ſolches pactum wohl mit ihm eingehen. Nach römiſchen Rechten gelten auch die Erbverträge nicht, wenn die Rede von der Erbſchaft der Paciscenten oder eines Dritten iſt, der nicht in den Vertrag gewilliget hat [55]). Denn eines Theils beſorgte man von der unwiderruflichen Verbindlichkeit ſolcher Verträge lebensgefährliche Folgen für den Erblaſſer, und hielt ſie deshalb für unſittlich [56]); andern Theils wollte man auch nicht, daß die Freiheit, ein Teſtament zu machen, welche man für das edelſte Kleinod des römiſchen Bürgerrechts hielt, auf irgend eine Art eingeſchränkt werden ſollte [57]): nicht zu gedenken, daß man von den früheſten Zeiten her bey den Römern alle Erbfolge als eine Staatsſache zu betrach-

53) *L. 27. §. 3. in fin. D. h. t.*

54) *§. 4. L. cit. 27. h. t.*

55) *L. 19. L. 30. Cod. h. t.* VOET ad Dig. h. t. §. 16. et 17.

56) *L. 2. §. 2. D. de vulg. et pup. ſubſtit. L. 27. §. 4. D. ad SCt. Trebell. L. fin. C. de pact. L. 4. Cod. de inutil. ſtipulat.*

57) *L. 15. Cod. de pact. L. 52. §. 9. D. pro ſocio.*

trachten gewohnt war, welche kein Gegenſtand der Privatverträge ſeyn konnte [58]). Es ſtehen indeſſen dieſe Gründe, nach der richtigern Meinung der heutigen Rechtsgelehrten [59]), der Gültigkeit der Erbverträge in Teutſchland nicht mehr entgegen [60]). So lehrt ferner Julian [61]), daß man auf das Agnationsrecht durch ein pactum eben ſo wenig Verzicht leiſten, als man gültig paciſciren könne, daß man kein ſuus heres ſeyn wolle [62]). Von andern verbotenen Verträ-

58) Succeſſio eſt iuris publici. *L. 3. D. qui teſtam. fac. poſſ. L. ult. D. de ſuis et legit. hered. L. 15. §. 1. D. ad L. Falcid.*

59) Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 737. Rundens Grundſätze des allgem. teutſchen Privatrechts §. 660.

60) COCCEJUS in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaeſt. 34. iſt zwar anderer Meinung; allein Hr. Prof. EMMINGHAUS Not. o. pag. 253. hat ihn gründlich widerlegt. S. auch HEBESTREIT Vindiciae veri valoris pactor. ſucceſſoriorum. *Erf.* 1768.

61) *L. 34. D. h. t.*

62) Die Worte: non magis, quam ut quis dicat, nolle ſuum eſſe, in der angeführten *L. 34. h. t.* ſind ſtreitig: Cujaz erklärt das Wort *ſuum* vom Eigenthumsrecht, und meint: nolle ſuum eſſe, heiße ſoviel, als man wolle, daß etwas nicht unſer Eigenthum ſey. Allein dann hätte Modeſtin wohl ſagen müſſen: *nolle quid ſuum eſſe.* Die Worte gehen alſo vielmehr auf das ius ſuitatis, oder ius ſui heredis, welches durch bloſen Vertrag nicht aufgehoben werden kann. So erklären ſie *Ant.* FABER in Rational. h. L. *Ed.* CALDERA de Errorib. Pragmaticor. Lib. III. cap. 7. (*Theſ. Meermann.* T. III. pag. 578.) und POTHIER in Pandect. Iuſtinian. T. I. h. t. Nr. XLI. Not. c. pag. 77.

trägen, z. B. dem commiſſoriſchen Vertrage bey Verpfändungen, dem pacto de quota litis, ferner dem pacto dotali, wodurch die Condition des Brautſchatzes der Ehefrau verſchlimmert wird, u. ſ. w. wird am gehörigen Orte gehandelt werden.

§. 305.

Von den mancherley Beſtimmungen der Verträge.

Bey den Verträgen müſſen dreyerley Beſtimmungen unterſchieden werden. 1) Weſentliche, (Eſſentialia) welche den Begriff eines Vertrags ausmachen, und die daher ſo nothwendig erfordert werden, daß ohne dieſelben der Vertrag nicht der ſeyn kann, welcher er ſeyn ſoll. Z. E. unentgeldliche Verwahrung einer Sache beym Depoſitum, Waare und in einer beſtimmten Summe Geldes beſtehender Preis beym Kaufcontract. 2) Geſetzliche, (Naturalia,) welche bey einem Vertrage gewöhnlich ſind, und daher rechtlich vermuthet werden; z. E. daß das Depoſitum in ſpecie reſtituirt werden, ferner daß der Verkäufer die Gewähr, der Käufer aber gleich baare Bezahlung leiſten muß. 3) Zufällige Beſtimmungen, welche bey einem Vertrage nicht gewöhnlich ſind, und daher auch anders nicht Statt finden, als wenn ſie ausdrücklich ſind ausbedungen worden. Z. B. wenn dem Depoſitar der Gebrauch der in Verwahrung gegebenen Sache geſtattet wird; ferner wenn ſich der Verkäufer den Vorkauf oder den Wiederkauf vorbehält. Wir bemerken dabey folgendes. I) Weſentliche Beſtimmungen des Vertrags laſſen ſich durch Nebenverabredungen nicht abändern. Sind daher dergleichen Nebenverabredungen getroffen worden, welche dem Weſen des Hauptgeſchäfts, wobey ſie vorkommen, zuwider ſind, ſo iſt entwe-

entweder der ganze Handel nichtig, oder es wird dadurch wenigſtens die Hauptſache dergeſtalt verändert, daß ſie zu einer andern Art rechtlicher Geſchäfte übergehet, oder der Nebenvertrag iſt, wie die Geſetze in einigen Fällen verordnet haben, in Abſicht auf die Hauptſache ohne alle rechtliche Wirkung, und ſo gut, als ob derſelbe gar nicht wäre abgeredet worden [63]. II) Naturalia pacti können zwar von den Paciscenten durch Nebenverabredungen abgeändert werden, nur darf dieſe Verabredung nicht von der Art ſeyn, daß der weſentliche Zweck des eingegangenen Contracts dadurch aufgehoben wird. Z. E. wenn beym Pfandcontract verabredet würde, daß das Pfand nie veräuſſert werden dür-

63) Ich will hier zur Erläuterung vorjetzt nur auf VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5. verweiſen, denn ein mehreres wird unten §. 311. in der Lehre de pactis adiectis vorkommen. VOET ſagt nämlich a. a. O. Si pactum adiicitur ita, ut ipſam contractus ſubvertat ſubſtantiam, generali non poteſt definitione tradi, quid iuris ſit; quandoque enim totum vitiatur negotium, dum forte impoſſibilia pacto comprehenſa ſunt. *L.* 31. *D. de obligat. et action.* quandoque, valente principali negotio, irritum eſt et inutile pactum adjectum; veluti *ſi id in depoſito* aut precario actum fuerit, ne intra *certum tempus* rem depoſitam, precariove conceſſam repetere liceat; *L.* 1. §. 45. *et* 46. *D. depoſiti*, *L.* 12. *D. de precario*; quandoque ipſum immutatur principale negotium, ſic ut ex vi pacti contra ſubſtantiam adiecti tranſeat in aliam negotii ſpeciem; quod fit in emtione inita cum pacto de pretio non ſolvendo, quo caſu donatio eſſe creditur; arg. *L. ult. D. pro donato*, junct. *L.* 36. *et* 38. *D. de contrah. emt.* uti et in donatione mortis cauſa cum pacto, ut nullo caſu revocetur; quippe quae ex tali adjectione perinde habenda eſt, ac alia quaevis inter vivos donatio. *L.* 27. *D. de mortis cauſa donat.*

ſe. Endlich III) Accidentalia pacti werden nie vermuthet, ſondern entſtehen, wenn die naturalia durch beſondere Verabredungen der Paciscenten abgeändert worden ſind. Sie müſſen daher im Läugnungsfalle erwieſen werden [64]).

§. 306.

Unterſchied zwiſchen den mancherley Arten der Verträge, inſonderheit zwiſchen den pactis und contractibus nach der Lehre des röm. Rechts.

Nach dem römiſchen Rechts-Syſtem haben nicht alle Verträge dieſelbe rechtliche Wirkung, ſondern dieſe hängt von dem mannichfaltigen Unterſchiede ab, welchen die Römer zwiſchen den verſchiedenen Arten der Verträge machten. Das römiſche Recht unterſcheidet nämlich zwiſchen pactis affirmativis ſive obligatoriis, und pactis negativis ſ. liberatoriis, welche auch pacta de non petendo genennt werden, und theilt erſtere wieder in Contractus und eigentliche pacta, letztere aber in ſimple (*pacta nuda*) nud klagbare Verträge (*pacta non nuda*) ein [65]). Eine conventio heißt *obli-*

64) Von den mancherley Beſtimmungen der Verträge und ihrer Wirkung handeln ausführlich AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 12. und *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. IV. (*Theſ. Meermann.* Tom. IV. pag. 12.)

65) Man vergleiche über dieſen Gegenſtand *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. I. ſqq. (*Theſ Meermann.* T. IV.) NOODT de pactis et transactionibus cap. 9. ſqq. *Marc. Aurel.* GALVANUS de uſufructu Cap. 16. et 17. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Diſſ. de pactis ſtricti iuris contractibus in continenti adjectis cap. 1. (*Lugd. Bat.* 1699.) *Guil.* BEST Orat. de pactorum et contractuum ſec. ius gent. et rom. natura et aequitate, bey deſſelben *Ratione emendandi leges.* Lipſ. 1745. p. 69. ſqq. beſonders aber

obligatoria oder *affirmativa*, wenn dadurch eine gewiſſe Forderung, eine Schuldverbindlichkeit begründet wird. Wenn hingegen durch den Vertrag eine vorhanden geweſene Schuldverbindlichkeit oder Forderung des Gläubigers aufgehoben wird, ſo wird ein ſolcher Vertrag *conventio liberatoria*, ſive *negativa* ſive *pactum de non petendo* genennt. Die Wirkung der negativen oder liberatoriſchen Conventionen iſt nach dem römiſchen Rechte verſchieden. Es kam nämlich darauf an, ob die Convention, wodurch die Schuld erlaſſen wurde, ſchon durch ein Civilgeſetz beſtätiget war, (conventio legitima).[66]) oder nicht (conventio nuda). Im erſteren Falle war die Forderung des Gläubigers durch das pactum ipſo iure zernichtet, das heißt, die Klage gieng durch das pactum dergeſtalt zu Grunde, daß der Beklagte nicht einmal nöthig hatte, die exceptionem pacti anzuführen[67]). Z. B. wenn ich dem andern verſprach, daß ich wegen der mir zugefügten Injurie, oder wegen des begangenen Diebſtahls wider ihn nicht klagen wollte; ſo erklärten ſchon die zwölf Tafelgeſetze dieſen Vertrag für verbindlich, mein Recht zu klagen war alſo hier ipſo iure zernichtet[68]). Im zweyten

aber LANGSDORF cit. Tract. de pactis et contractibus Romanor. Sect. IV. §. 18. ſqq.

66) *L. 6. D. h. t.* ***Legitima conventio*** eſt, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio naſcitur, vel ***tollitur***, quoties Lege vel Senatusconſulto adiuvatur. S. NOODT de pact. et transact. cap. 13.

67) *L. 17. §. 1. L. 27. §. 3. D. h. t.* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. XV.

68) Die hierher gehörigen Stellen der Zwölftafelgeſetze ſind ſchon an einem andern Orte §. 287. Not. 27. S. 45. dieſes vierten Theils erläutert worden.

ten Falle hingegen, da kein bürgerliches Geſetz der negativen Convention beyſtand, gab der Prätor dem Beklagten eine Exception, wodurch er ſich gegen die Klage ſchützen konnte, wenn der Gläubiger dem Vertrage zuwider die erlaſſene Schuld dennoch forderte[69]). Was die pacta affirmativa ſ. obligatoria betrift, ſo unterſcheidet das römiſche Recht wieder zwiſchen Contracten und eigentlichen Verträgen. Contractus werden im eigentlichen Sinne des römiſchen Rechts diejenigen Verträge genennt, welchen ſchon nach den ältern und allgemeinen bürgerlichen Geſetzen ein rechtlicher Grund (*cauſa*, συνάλλαγμα)[70]) beygelegt war, weswegen ſie eine Klage wirkten[71]). Alle übrige

69) *L.* 17. *§.* 2. *D. h. t.* wo geſagt wird, daß, wenn dem Schuldner die Schuld durch einen bloſen Vertrag erlaſſen wird, auch die aus der Hypothek entſtehende prätoriſche Klage durch eine Exception zu Grunde gehe. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 16. et 17.

70) *L.* 7. *§.* 1. 2. *et* 4. *D. h. t.* Aus dieſen Stellen erhellet, daß *cauſa* hier ein ſolcher rechtlicher Grund heißt, welcher machte, daß aus einer Convention ſchon von jeher nach allgemeinen Rechtsregeln geklagt werden konnte. Daher ſchränken diejenigen (z. E. *van* WACHENDORF in Diſſ. de pactis nudis Cap. II. §. 7. LANGSDORF cit. Tract. Sect. IV. §. 21.) den Begriff offenbar zu ſehr ein, welche darunter blos die wirkliche Abgebung einer Sache, oder Leiſtung der verſprochenen Handlung, mit welcher der Contract ſeinen Anfang nimmt, verſtehen wollen. S. Hugo civiliſtiſches Magazin 1. Band. 4. Heft S. 458.

71) Zuweilen wird jedoch das Wort *Contractus* von den römiſchen Rechtsgelehrten in einer uneigentlichen und ſo weitläuftigen Bedeutung genommen, daß dadurch alle Arten verbindlicher Handlungen, ſelbſt die unerlaubten mit eingeſchloſſen, bezeichnet

übrige Conventionen hingegen, welche eine ſolche cauſam ex regulis generalibus iuris civilis obligatoriam nicht hatten, hießen pacta im eigentlichen Verſtande, und dieſe wirkten, wie Ulpian [72]) ſagt, eigentlich keine obligationem, d. i. keine klagbare Verbindlichkeit, kein Recht zu klagen, wenn ſie nicht entweder mit dem Contract ſogleich verbunden, und demſelben dergeſtalt einverleibt worden, daß ſie einen Theil deſſelben ausmachten, oder durch den Prätor beſtätiget, oder durch ein neueres Civilgeſetz ausdrücklich für klagbar erkläret worden ſind. Daher theilte man die eigentlichen Verträge wieder in pacta nuda und non nuda ein. Es iſt ſchwer, ſolche weſentliche Kennzeichen von Contracten anzugeben, wodurch man ſolche von andern klagbaren pactis unterſcheiden könnte, zumal wenn man ſich von der cauſa civili einen ſolchen Begriff, wie unſer Verfaſſer, macht, wenn dieſer ſagt: es ſey ratio ſufficiens a lege approbata, ob quam conventio actionem producit. Es iſt daher ſchon von andern bemerkt worden, daß der Begriff von einem Contract ganz hiſtoriſch ſey, und

net werden. So z. B. ſagt Paulus *L.* 20. *D. de iudiciis:* omnem obligationem *pro contractu* habendam eſſe; ut ubicunque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti cauſa debeatur; und Tryphonin erklärt ſich *L.* 52. *D. de re iudicat.* eben ſo: Si rerum amotarum cum viro agatur, in ſolidum condemnari debet, quoniam ex *malo contractu* actio oritur. Siehe auch *L.* 15. *D. de donat.* und *L. ult. D. de accuſat.* Von der verſchiedenen Bedeutung des Worts *Contractus* handeln D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 2. WESTENBERG de cauſis obligationum Diſſert. II. Cap. II. §. 3. und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 25. Not. 2. S. 76.

72) *L.* 7. §. 4. *D. h. t.*

und daß man, um beyde Arten von Conventionen zu unterſcheiden, nothwendig zu an ſich zufälligen Thatſachen ſeine Zuflucht nehmen müſſe [73]).

Ob die Römer gleich von Anfang Contracte von andern pactis unterſchieden haben, läßt ſich, bey dem Mangel an ſichern Nachrichten mit Gewißheit nicht beſtimmen. Man behauptet zwar insgemein, daß die Römer ſich in den erſten Zeiten bloß nach natürlichen Rechten gerichtet hätten, und daher Anfangs ohne Unterſchied alle Verabreduugen bey ihnen verbindlich geweſen wären [74]). Allein da man neuerer Zeit wieder angefangen hat, die vollkommene Verbindlichkeit aus Verträgen ſelbſt nach dem Naturrecht zu beſtreiten [75]): ſo iſt auch dieſe Hypotheſe noch ſehr unſicher. Merkwürdig iſt es indeſſen, was Dionyß von Halicarnaß [76]) erzählt, ſchon unter Numa ſey es Sitte geweſen, die Contracte öffentlich und vor Zeugen zu ſchließen. Damit aber auch diejenigen gehalten werden möchten, die ohne Beyſeyn von Zeugen geſchloſſen worden, ſo habe er der Fidei publicae einen Tempel gewenhet, und befohlen, daß bey Streitigkeiten über Contracte der Eyd und

73) Hugo a. a. O. S. 456.

74) S. LANGSDORF im angef. Tractat. §. 18. Grieſinger über die Verbindlichkeit der Verträge. §. 4. *Io. Melch. Gottl.* BESEKE Diſſ. de origine modorum contrahendi apud Romanos. *Halae* 1772. §. 5. Tafingers Encyclopädie und Geſchichte der Rechte in Teutſchland S. 74. §. XXII.

75) Hugo Lehrbuch der Rechtsgeſchichte §. 30. Schmalz Recht der Natur 1. Th. §. 114—118.

76) *Antiquitat. Rom.* Lib. II. pag. 134. (edit. *Sylburg.* Lipſiae 1691. fol.)

und das Gewiſſen des Gegentheils entſcheiden ſollte. Eben dieſer Geſchichtſchreiber erzählt weiter [77]), daß König Servius Tullius funfzig Geſetze von Contracten und Verbrechen gegeben. Allein da Dionyß weder den Inhalt dieſer Geſetze anführt, noch auch mit Gewißheit geſagt werden kann, was ſich Dionyß, als Grieche, von Contracten für einen Begriff gemacht habe, ſo ſcheint mir dieſer Beweiß doch noch viel zu ſchwach zu ſeyn, um mit Meiſter [78]) behaupten zu können, daß der Unterſchied zwiſchen Contracten und pactis gleichſam mit dem römiſchen Volk ſelbſt entſtanden ſey. Es iſt indeſſen ſehr wahrſcheinlich, daß Servius Tullius durch ſeine Geſetze den wucherlichen Contracten der Patrizier, von denen die verſchuldeten Bürger ſehr gedruckt wurden, zu Gunſten der letztern werde Gränzen geſetzt, und dieſelben daher vorzüglich den Darlehnscontract betroffen haben [79]) Denn Dionyß nennt dieſe Geſetze von Contracten an einem andern Orte [80]) τὰς νόμους φιλανθρώπους καὶ δημοτικὰς. Sollte daher ſchon wirklich unter den Königen ein Unterſchied zwiſchen contractus und pacta gemacht worden ſeyn, ſo bin ich geneigter mit Hrn. Prof. Schmalz [81]) zu glauben, daß man Anfangs nur die Verträge

77) Lib. IV. pag. 218.

78) in Diſſ. de in factum actionibus Cap. I. §. 5. (in *Opuſcul.* Syll. I. pag. 315. ſq.)

79) Eben dieſes muthmaſſet auch *Io. Gottl.* MÜLLER in brevi Diſputat. ad hiſtoriam iuris Rom. de contractibus antiquiſſimam, praemiſſ. EIUSDEM *vindiciis contractus aeſtimatorii ſecundum eos, qui in nominatorum numerum aſſerunt, tentatae. Lipſiae* 1778.

80) Lib. V. pag. 278.

81) in dem reinen Naturrecht §. 118. S. 90.

träge, auf welche hin eine Leiſtung geſchehen war, Contracte genennt habe [82]), als daß die feyerliche Frage und Antwort (Stipulatio) wie der ſeel. Hofr. Meiſter [83]) annimmt, die erſte weſentliche Form der Contracte ausgemacht habe. Erſt in der Folge fieng man an, die Verträge in eine gewiſſe Form einzukleiden, welche vorzüglich in der Feierlichkeit der Stipulation beſtand. Den Anlaß hierzu gaben die Patricier, welche beſondere Formeln vorſchrieben, um ſich dadurch einen Einfluß in alle Geſchäfte der Bürger zu verſchaffen, und hierdurch den Pöbel ganz von ſich abhängig zu machen [84]). Doch hatte man bey Einführung dieſer Förmlichkeiten in Anſehung der Verträge auch noch andere Gründe [85]). Man billigte ſie, a) damit nicht ein jeder durch ein unüberlegtes Verſprechen in eine ihm nachtheilige Verbindlichkeit gezogen würde, ſondern Zeit hätte, die Sache wohl zu überlegen, weshalb er ſich verbindlich machen wollte; b) damit nicht unnöthige und weitläuftige Proceſſe entſtehen möchten, ſondern ſolche ſogleich nach der beym Geſchäft zum Grunde gelegten Formel entſchieden werden könnten [86]). Es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß zu den Zeiten,

82) *L.* 1. *D. de contrah. Emt. vend.*

83) Diſſ. cit. Cap. I. §. 9.

84) CICERO *de Orator.* I. 41. und in Orat. *pro Murena* cap. 11. S. *Io. Hieron.* STENGER Diſſ. de iure formulario Romanor. ſeu de legis actionibus ex XII. Tabulis deſcendentibus. *Lipſiae* 1709. *Io. Gottl.* HEINECCII Orat. de iurisprudentia vet. Rom. formularia. *Franequerae* 1724. rec. 1734. 4.

85) *Io.* LUZAC Diſſ. exhib. obſervationes nonnullas apologeticas pro ICtis Rom. *Lugd. Batav.* 1768.

86) Hugo civiliſt. Magazin 1. B. 4. Heft S. 415.

Zeiten, da das Formularweſen bey allen ſowohl gerichtlichen als auſſergerichtlichen Geſchäften einmal eingeführt war, jeder Vertrag, wenn er eine klagbare Verbindlichkeit wirken ſollte, in der Form der Stipulation eingegangen ſeyn mußte, wenn nicht etwa der eine Theil ſchon dasjenige geleiſtet hatte, was den Gegenſtand des Vertrags ausmachte, und nur auf Zurückgabe des Seinigen klagte. Denn derjenige, welcher geſtand, daß ihm der Kläger etwas geliehen, konnte ſich dadurch von der Zurückgabe des Empfangenen oder einer andern Sache von gleichem Werthe nicht befreyen, daß er ſagte, es ſey keine Förmlichkeit bey der Uebergabe beobachtet worden, weil dieſe Unverbindlichkeit einen Paciscenten mit dem ungerechteſten Nachtheil des andern bereichert hätte. Zu den Contracten gehörten alſo Anfangs nur ſolche Verträge, die durch Uebergabe einer Sache, oder durch Leiſtung einer Handlung, oder ſonſt durch rechtliche Formeln eingegangen waren [87]. Alle übrigen waren bloße pacta. Allein je mehr die Einwohner des römiſchen Reichs ſich ausbreiteten, je häufiger das Commerz unter ihnen wurde, deſto weniger war es möglich, alle Conventionen, deren volle bürgerliche Rechtswirkung nothwendig war, in eine Stipulation einzukleiden, oder ſogleich durch Uebergabe zu vollziehen; und doch war es nun einmal Grundſatz des römiſchen Rechts geworden, daß eine Convention eine cauſam civilem obligandi haben müſſe, wenn ſie eine klagbare Verbindlichkeit hervorbringen ſoll. Die Theorie des Rechts bequemte ſich alſo nach dieſem veränderten Zuſtande der Dinge,

87) S. Hrn. Prof. Hufelands Lehrbuch der Geſchichte und Encyklopädie aller in Deutſchland geltenden poſitiven Rechte 1. Th. 1. Abth. §. 288.

ge, und ſo diſpenſirte man wahrſcheinlich durch die diſputationem fori [88]) einige im gemeinen Leben am häufigſten vorkommende Verträge von der Form der Stipulation, und nahm ſie in die Zahl der Contracte auf, ſo daß ſie, auch ohne Stipulation, blos durch die erklärte Einwilligung der Paciscenten eben ſo verbindlich wurden, wie bey andern Völkern. So ward man durch die Nothwendigkeit des bürgerlichen Verkehrs veranlaßt, Conſenſual-Contracte zu ſanctioniren, welche nun neben den Real-Contracten die dritte Gattung klagbarer Verträge ausmachten. Zuletzt erfand man noch eine Art von Contracten, bey denen ein ſchriftliches Schuldbekenntniß, wenn es ein gewiſſes geſetzlich beſtimmtes Alter erreicht hatte, die Urſache und Form der bürgerlichen Verbindlichkeit ward. Auſſer dieſen Contracten wurde nun zwar noch manchen einzelnen Arten der bloßen Verträge ſowohl vom Prätor als durch neuere Verordnungen der römiſchen Kaiſer eine klagbare Verbindlichkeit ertheilt, allein ſie behielten doch den gemeinen Namen der pactorum, weil ſie ihre Klagbarkeit erſt erhielten, nachdem gleichſam die Zahl der Contracte ſchon geſchloſſen war. Bloß aus dieſem Grunde ſind die pacta legitima keine Contracte. Denn a priori läßt ſich ſchwerlich zeigen, warum ein Kauf, aber keine Schenkung, ein Contract ſey [89])? Aus dieſer kurzen hiſtoriſchen

88) Vergleiche MEISTERI Diſſ. de in factum actionibus Cap. I. §. 19. in *Opuſc.* p. 343 ſqq. und Tafingers Encyclopädie und Geſchichte der Rechte in Teutſchland 2. Buch S. 112. §. LIII.

89) Sehr richtig bemerkt hierbey Hr. Prof. Hugo im civil. Magazin 1. B. 4. Heft S. 457. daß, wenn der bloſe Conſens über ein-

riſchen Darſtellung laſſen ſich übrigens folgende Kennzeichen der Contracte wahrnehmen.

1) Aller Contract muß eine Convention enthalten. Daher ſagt ſchon **Pedius** beym **Ulpian** [90]) nullum eſſe contractum, qui non habeat in ſe conventionem. Geſchäfte, aus denen Obligationen quaſi ex contractu entſtehen, ſind alſo keine Contracte.

2) Die conventio muß obligatoria ſeyn, das heißt, ſie muß in der Abſicht eingegangen ſeyn, daß dadurch eine obligatio, die vorher nicht vorhanden war, alſo eine Forderung und Schuld, die das Mein und Dein betrift, und die durch Solution getilgt werden ſoll, begründet und feſtgeſetzt werde [91]). Obligationum enim ſubſtantia, ſagt **Paulus** [92]) im zweiten Buch ſeiner Inſtitutionen, non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutem noſtram faciat; ſed *ut alium nobis obſtringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praeſtandum.* Non ſatis igitur eſt (ſcil. in mutuo) dantis eſſe nummos et fieri accipientis, ut obligatio naſcatur: ſed etiam *hoc*

P 2 *animo*

eine künftige Schenkung etwa ſchon zu Cicero's Zeiten, oder überhaupt damahls, als der Römiſche juriſtiſche Sprachgebrauch ſich bildete, eine Klage bewirkt hätte, wir dieſes Geſchäft eben ſo natürlich unter die Conſenſualcontracte ſetzen würden, als jedes andere.

90) *L. 1. §. 3. in fin. D. h. t.*

91) Man vergleiche hier vorzüglich Hugo's civiliſt. Magazin 1. Band S. 466 folg.

92) *L. 3. pr. et §. 1. D. de obligat. et action.* Dieſe Stelle erklärt ſehr gut Hr. Prof. Woltär in der Halliſchen juriſt. Bibliothek 1. Verſuch S. 75 folgg.

animo dari et accipi, *ut obligatio conſtituatur* [93]). Eine conventio liberatoria kann daher nie ein Contract ſeyn.

3) Die Convention muß eine klagbare Verbindlichkeit wirken. Dadurch unterſcheiden ſich Contracte von den pactis nudis.

4) Sie muß dieſe Wirkung an ſich und ihrer Natur nach hervorbringen, alſo nicht, wie ein pactum adjectum, einem andern Hauptgeſchäfte zu verdanken haben. Endlich

5) die Convention muß von je her und ſchon nach allgemeinen Regeln des römiſchen Civilrechts eine Klage gewirkt haben. Zwar wurde der Emphyteutiſche Contract erſt vom Kr. Zeno zu einem eigenen Contract gemacht, man kann aber doch nicht ſagen, daß vor dem Zeno die Emphyteuſis noch gar kein Contract geweſen wäre. Sie war nur noch kein eigener, kein ſelbſtſtändiger Conſenſual-Contract, denn man ſtritte darüber, ob man ſie zum Pacht- oder Kauf-Contract rechnen ſollte [94]). Auf dieſe Art ſind alſo Contracte von den ſogenannten pactis legitimis und praetoriis zu unterſcheiden [95]).

§. 307.

Verſchiedenheit der *cauſae civilis* bey Contracten, und daher entſtehende Eintheilung der Contracte.

Die cauſa civilis, wodurch Verträge zu Contracten erhoben werden, und welche alſo, wie bereits oben bemerkt wor-

93) In dieſer Hinſicht ſagt THEOPHILUS in Paraphraſi graeca Inſtitut. Lib. III. Tit. XIII. §. 2. nicht unrecht: CONTRACTUM eſſe *conventionem ad conſtituendam obligationem initam, ut alter alteri fiat obnoxius.*

94) *L. 1. Cod. de iure emphyteut.*

95) *Ge. Sam.* MADIHN Inſtitut. iuris civ. Lib. III. Tit. II. §. 386.

worden iſt, in dem rechtlichen Grunde beſtehet, vermöge welchen bey den Römern eine Convention ſchon an ſich und von jeher, nach allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, eine klagbare Verbindlichkeit wirkte [96]), iſt nun verſchieden. Unſer Verfaſſer nimmt folgende drey Gattungen an. I) Die Form, welche die Geſetze einer gewiſſen Art der Verträge gegeben, vermöge welcher ſie nicht nur einen gewiſſen Namen haben, ſondern auch eine Klage gleichen Namens hervorbringen. II) Die Erfüllung, welche bey einer Bilateral-Convention von einem der Paciscenten geſchehen, und von dem andern angenommen worden iſt, und III) einen von den Geſetzen fingirten Conſens. Letzterer ſoll die cauſa civilis bey den ſogenannten Quaſi-Contracten ſeyn. Allein die Geſetze kennen dieſe letztere cauſam nicht, und da die Geſchäfte, bey denen obligationes quaſi ex contractu entſtehen, ſicher gar keine Conventionen ſind, ſo läßt ſich hier keine cauſa civilis contractuum gedenken [97]). Noch weniger aber kann das Figment eines erdichteten Conſenſes derſelben Stelle vertreten, wie bey dem folgenden §. gezeigt werden ſoll. Sodann fällt bey der Beſchreibung der Form unter Nr. I. in die Augen, daß unſer Verfaſſer cauſam und nomen contractuum mit einander verwechſelt habe.

96) MADIHN a. a. O. ſagt: CAUSA *contractuum non eſt, niſi complexus requiſitorum, quae adeſſe debent, ut conventio per ſe ex generali Iuris ſanctione primitus obligationem civilem plenam producere poſſit.*

97) Es hat dieſen Irrthum unſers Verf. auch ſchon Hr. Prof. Weber in ſeinem klaſſiſchen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24. Not. 6. nach Verdienſt gerügt.

Die cauſa civilis contractuum iſt vielmehr vierfach. Sie beſtehet entweder

1) in einer wirklichen Leiſtung, welche von Seiten des einen Contrahenten erfolgt iſt; oder

2) in der Feierlichkeit mündlich ausgeſprochener Worte; oder

3) in dem bloßen Conſens der Partheyen in eine wechſelſeitige Präſtation, oder endlich

4) in einem ſchriftlichen Aufſatze, der ein gewiſſes geſetzlich beſtimmtes Alter erreicht hat.

Nach dieſer vierfachen cauſa giebt es auch viererley Gattungen von Contracten.

1) Realcontracte, welche erſt durch eine erfolgte Uebergabe oder ſonſtige Präſtation ihre vollkommene Verbindlichkeit erhalten [98]). Z. E. Das Darlehn, die Hinterlegung, der Leyh- und Pfandcontract.

2) Verbalcontracte, deren verbindliche Kraft in der Förmlichkeit mündlich ausgeſprochener Worte liegt. Z. B. Die Stipulation, ehemals auch die dotis dictio.

3) Con-

98) Es iſt eine unrichtige Idee, Realcontracte durch ſolche Geſchäfte zu erklären, die dadurch erſt verbindlich werden, daß der eine Theil ſein Verſprechen erfüllet hat. Wie kann man z. B. die Uebergabe im Depoſitum, durch welche der Contract ſeinen Anfang nimmt, die Erfüllung eines Verſprechens nennen, ohne dem Sprachgebrauche Gewalt zu thun, der mit dem Worte Verſprechen den Begriff vortheilhafter Ausſichten für den andern, welchem das Verſprechen geſchiehet, verbindet?

3) Conſenſualcontracte, die durch den bloßen Conſens der Parthenen in eine wechſelſeitige Präſtation vollkommen obligatoriſch ſind, als Kauf, Pacht, Bevollmächtigung, Societät und Emphyteuſis.

4) Litteralcontracte, deren verbindliche Kraft in einem ſchriftlichen Aufſatze gegründet iſt, welcher ein gewiſſes geſetzlich beſtimmtes Alter erreicht hat; dergleichen durch Ausſtellung eines Schuldſcheins über ein Darlehen und über den Empfang einer Brautgabe entſtehen kann [99]).

§. 308.

Nomen contractuum, und daher entſtehende Eintheilung derſelben in *nominatos* und *innominatos*. Begriff von den ſogenannten Quaſi-Contracten.

Von der cauſa contractuum muß nun nomen contractuum wohl unterſchieden werden. *Nomen* heißt hier ein ſolcher Name, der in den Geſetzen einem Contracte beygelegt wird, und die beſondere Eigenſchaft mit ſich führt, daß eine eigene und von dem Contract benannte Klage dabey Statt findet. Urſprünglich, wie man anfieng Contracte von den übrigen pactis zu unterſcheiden, war keine Convention, als Contract, obligatoriſch, für welche nicht auch in der römiſchen Proceßordnung eine eigene Klage genannt war. Alle Contracte mußten alſo nicht nur cauſam ſondern auch nomen haben [100]). Zu dem Ende hatte man für jeden Contract eine beſondere Klagformel, die in dem albo Praetoris verzeichnet

99) D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 15.

100) Man ſehe hier vorzüglich nach MEISTERI Diſſ. cit. de in factum actionibus §. 20. u. 21.

zeichnet war, und welche die Gattung und den Namen des Contracts ausdrückte: Z. B. *Ajo te mibi mutui, commodati, depoſiti nomine, dare centum oportere: Ajo te mibi ex ſtipulatu, locato, dare facere oportere* u. ſ. w. [1]). Eine Convention, für welche keine dergleichen Formel in albo Praetoris genannt war, konnte demnach Anfangs kein Contract ſeyn. Weil aber doch im gemeinen Leben noch manche Conventionen vorkamen, die ſich zwar wegen der Erfüllung, welche von Seiten des einen Paciscenten geſchehen war, zu Realcontracten qualiſicirten, auf welche jedoch die Namen und Klagformeln nicht paßten, welche die Rechtsſprache und Proceßordnung für die gangbaren Contracte beſtimmt hatte, z. B. ich habe dir eine Sache in der Abſicht gegeben, daß du mir eine andere gebeſt, oder ich habe dir meinen Sklaven Stichus gegeben, daß du dagegen deinen Sklaven Pamphilus frey laſſen ſollſt; u. dgl. ſo erfand man noch allgemeine, auf das Weſen ſolcher Conventionen gerichtete, Formeln ohne beſondere Namen: nämlich do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; und nahm ſie auf ſolche Art der Billigkeit wegen unter die Contracte auf. Dieſe Contracte nannte man zum Unterſchied von denjenigen, welche in dem Album des Prätors verzeichnet waren, negotia nova, contractus incertos, quorum appellationes nullae iure civili proditae ſunt [2]). Die Mannichfaltigkeit dieſer neuen Contracte erlaubte es nicht, auch für dieſe gewiſſe Klagformeln zu beſtimmen. Es konnte alſo bey dieſen Geſchäften nur eine allgemeine Klage, die *actio in factum*, ſtatt finden,

1) BRISSONIUS de Formulis Lib. V.

2) Vid. tot. Tit. Dig. *de praeſcriptis verbis et in factum actionibus.*

finden, deren Formel in jedem vorkommenden Falle nach Maasgabe des eingegangenen Vertrages, ſo wie der Client den Vorgang der Sache mündlich oder ſchriftlich vortrug, verfaßt werden mußte; waraus ſich auch der Name *actio praeſcriptis verbis* erklärt [3]). So entſtand alſo die Eintheilung der Contracte in benannte und unbenannte; je nachdem ſie entweder eine eigene vom Contract benannte, oder nur die allgemeine Klage in factum, praeſcriptis verbis, hervorbringen [4]). Eigentlich laſſen ſich nun die Realcontracte auf dieſe Weiſe eintheilen. Denn die übrigen Gattungen der Contracte ſind ohne Unterſchied contractus nominati. Es iſt daher ganz unrichtig, wenn man das Wort nomen blos auf die Conſenſualcontracte, das Wort cauſa aber blos auf die Realcontracte ziehen will [5]). Denn Ulpian [6]) gedenkt außer den Conſenſualcontracten ausdrücklich auch des Commodats, der Hinterlegung u. a. d. unter den benannten Contracten, und unterſcheidet davon diejenigen Realcontracte, die kein nomen ſondern nur cauſam haben.

Ich komme nun auf die ſogenanten **Quaſicontracte**, welche unſer Verfaſſer auch als eine beſondere Gattung der

3) S. MEISTER cit. Diſſ. Cap. II. §. 32. auch *Ioſ. Fernandez de* RETES Opuſculor. Lib. II. cap. 6. (*Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 102.)

4) D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 9. (*Theſ. Meermann.* Tom. IV. pag. 21.)

5) Hr. Prof. Hugo hat deßhalb den Langsdorf mit Recht getadelt. S. civiliſt. Magazin 1. Band S. 458.

6) *L.* 7. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* über welche Stelle beſonders NOODT de pactis et transactionibus Cap. IX. nachgeſehen zu werden verdient.

der Contracte betrachtet, deren cauſa civilis in einem geſetzlich fingirten Conſens der Partheyen liegen ſoll [7]). So mannichfaltig auch die Ideen ſind, die ſich die Rechtsgelehrten von den Quaſicontracten machen, ſo iſt doch wohl gewiß die Vorſtellung unſers Verfaſſers bey weiten die unrichtigſte. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck quaſi contractus im ganzen Juſtinianeiſchen Rechte nicht vorkommt, indem die Geſetze blos von Geſchäften reden, aus denen obligationes quaſi ex contractu entſtehen [8]), und hierdurch deutlich genug zu erkennen geben, daß ſolche weder Verträge noch Contracte ſind [9]), weil bey denſelben weder ein Verſprechen noch weniger eine Acceptation vorhanden iſt, ohne welches ſich doch kein Vertrag denken läßt [10]); ſo erfordert ja

1) jede rechtliche Fiction, wenn ſie kein Hirngeſpinſt ſeyn ſoll, ein Geſetz, wodurch etwas für wahr angenommen wird,

7) Eben dieſer Meinung ſind *Ger.* NOODT de pactis et transaction. cap. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG de cauſis obligationum Diſp. II. Cap. 3. §. 18. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. II. cap. II. Membr. XIV. §. 1. *Chr. Iac.* ZAHN Diſſ. de fictionibus iuris Rom. *Tub.* 1787. p. 34 ſq. u. a. m.

8) S. Lib. III. Inſtitut. Tit. 28.

9) Es iſt dieſes beſonders aus der *L.* 5. §. 3. *D. de Obligat. et action.* ſehr deutlich wahrzunehmen, wo geſagt wird, wer eine Nichtſchuld aus Irrthum bezahlt, thue ſolches nicht ſowohl animo contrahendae, als vielmehr diſtrahendae obligationis.

10) Man vergleiche hier WOLTAER Obſervation. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertinent. Faſc. I. Obſervat. 18. und Webers ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24. S. 68 ff.

wird, ſo zwar wirklich nicht geſchehen, aber doch möglich iſt. Dieſes iſt der Begriff, den unſer Verfaſſer ſelbſt §. 140. von einer Fictione iuris giebt. Wo iſt nun aber wohl im ganzen Corpus Juris ein Geſetz von einer ſolchen Fiction des Conſenſes, als man bey den Quaſicontracten annimmt?

2) Wo die Geſetze auch hin und wieder Fictionen annehmen, z. B. bey Adoptionen, da müſſen ſolche doch der Natur der Sache und andern Geſetzen nicht zuwider ſeyn. Dieſes geſchiehet aber in den Quaſicontracten nach dem Begriff des Autors offenbar, weil auch Kinder, Unmündige, gerichtlich erklärte Verſchwender, Wahnſinnige und andere Perſonen, die nach den Rechten gar keinen Conſens ertheilen können, quaſi ex contractu verbindlich gemacht werden können [11]). Iſt es nun nicht ein evidenter Widerſpruch, den Conſens von ſolchen Perſonen zu fingiren, der doch nach den Geſetzen ſelbſt ungültig iſt? Endlich

3) giebt es Fälle, wo Jemand quaſi ex contractu haften muß, der nicht allein nicht conſentirt, ſondern in der That ausdrücklich diſſentirt hat. Z. B. wenn ich eines andern baufälliges Haus repariren laſſe, der es mir ausdrücklich verboten hat. Ferner, wenn ich gegen das Verbot des Erben, daß man den Verſtorbenen nicht ſolle beerdigen laſſen, mich dennoch der Beerdigung deſſelben unterzogen habe, ſo befreyet ihn dennoch ſein Verbot nicht, mir die Koſten zu erſtatten [12]). Daß nun jemand zugleich in eine und eben dieſelbige Sache gewilliget und nicht gewilliget haben ſolle,

11) *L. 3. §. 5. L. 6. §. 1. D. de Negot. geſt.*

12) *L. 14. §. 13. D. de Religioſ.*

ſolle, iſt ein Widerſpruch und eine Unmöglichkeit, die ſich doch wohl nicht fingiren läßt [13]).

Andere ſind zwar dadurch der Wahrheit näher gekommen, daß ſie die Quaſicontracte aus der Reihe der Verträge ganz ausſchließen; allein wenn ſie darunter ohne Unterſchied erlaubte Handlungen verſtehen, durch welche jemand auch ohne ſein Wiſſen und ohne ſeine Einwilligung eben ſo gut verpflichtet werde, als ob er einen Contract geſchloſſen hätte [14]), ſo haben ſie nicht bedacht, daß die Geſetze nur eine ſehr geringe Anzahl von Rechtsfällen beſtimmt haben, bey welchen nach ausdrücklicher Verordnung derſelben, auch ohne Convention, eben ſolche Verbindlichkeiten unter den Partheyen entſtehen ſollen, als ob ein Contract unter ihnen eingegangen wäre [15]). In dem Titel der Inſtitutionen de obli-

13) Das Lächerliche eines ſolchen fingirten Conſenſes bey den Quaſicontracten haben auch ſchon COCCEJUS in iur. civ. controv. h. t. Qu. XII. und EMMINGHAUS ad Eundem Not. o. pag. 228. deßgleichen *Lud. God.* MADIHN ad *Menckenii* doctrin. de actionibus forens. Not. 970. pag. 310. u. WALCH in Controv. I. C. Sect. III. cap. VI. §. 1. gezeigt.

14) S. *Wolr.* BURCHARDI Diſſ. cauſam principem quaſi contractuum non in conſenſu ficto vel praeſumto, ſed in ſolo facto licito eſſe ponendam. *Herbornae* 1759. *Io. Dav.* DIETERICI Diſſ. de genuina QUASI notione iuridica. *Goett.* 1740. §. 55. ſqq. HEINECCIUS in Inſtitut. iur. civ. nach Höpfner §. 934.

15) Schon *Ge. Sam.* MADIHN in Inſtitut. iuris civ. (*Halae* 1764.) §. 421. bemerkt ganz richtig: *eiusmodi obligationem quaſi ex contractu non adſumendam eſſe, niſi* IURIS DISPOSITIO *demonſtrari poſſit, quae facto cuidam licito, a conſenſu autem diverſo, efficaciam producendi obligationem ita indidit, ut inter eas perſonas talis obligatio inde proficisceretur, quaſi de ea re*

obligationibus, quae quaſi ex contractu naſcuntur, werden folgende Fälle angeführt: 1) Die nützliche Verwaltung fremder Geſchäfte ohne Auftrag des Eigenthümers; 2) die Führung einer Vormundſchaft; 3) die Verwaltung einer gemeinſchaftlichen Erbſchaft, oder ſonſtiger Betrieb gemeinſchaftlicher Angelegenheiten außer dem Societätscontract, ohne Auftrag der Mitintereſſenten; 4) die Antretung der Erbſchaft in Rückſicht auf die Vermächtniſſe; und 5) der Empfang einer Nichtſchuld [16]. Alle dieſe Geſchäfte kommen nun zwar darinn mit einander überein, daß ſie 1) lauter erlaubte Handlungen ſind, aus denen ſchon nach der natürlichen Billigkeit eine vollkommene Verbindlichkeit entſpringt; 2) daß kein Theil dem andern ausdrücklich etwas verſprochen; vielweniger 3) durch Worte oder Handlungen eine wechſelſeitige Einwilligung erkläret worden; ja es iſt 4) die Errichtung eines wirklichen Vertrags unter den angenommenen Umſtänden zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, ſondern auch zum Theil nach vorausgeſetzter Beſchaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Allein deswegen erſchöpfen doch alle dieſe Eigenſchaften noch nicht den eigentlichen weſentlichen Charakter der ſogenannten Quaſicontracte. Denn es muß doch ſeinen Grund haben, warum gerade dieſe Geſchäfte, und keine anderen, unter

re contractus initus eſſet. Quo ex principio eorum doctrina facile repellitur, qui numerum earum obligationum, quae quaſi ex contractu naſcuntur, mirifice augent.

16) Ob auſſer dieſen Geſchäften es noch andere gebe, aus denen obligationes quaſi ex contractu entſtehen, iſt ſtreitig. Verſchiedene Rechtsgelehrte nehmen noch die Litisconteſtation, ferner die receptio in navem, cauponam, ſtabulum an. Davon §. 486. u. 503. ein mehreres.

unter die Quellen der Obligationum quaſi ex contractu gerechnet werden? **Langsdorf** glaubt [17]), das Weſen dieſer Quaſicontracte beſtehe darinn, daß etwas zum Nutzen und Vortheil eines andern ohne deſſelben Wiſſen oder vorher eingeholte Einwilligung ſey geleiſtet worden. Sie hätten alſo eine Aehnlichkeit mit den Realcontracten, von denen ſie blos darinn unterſchieden wären, daß bey dieſen ein wechſelſeitiger Conſens vorhanden iſt, bey jenen aber dieſer Conſens fehlt, und blos auf die zum Nutzen eines andern geſchehene Realpräſtation geſehen wird, auf welcher allein ihre verbindliche Kraft beruhe. Allein daß dieſe Hypotheſe nicht auf alle diejenigen Geſchäfte anwendbar ſey, die in den Inſtitutionen bey den obligationibus quaſi ex contractu angeführt werden, hat ſchon Herr Prof. **Hugo** [18]) richtig bemerkt. Denn wie läßt ſich z. B. bey der Antretung der Erbſchaft ſagen, es ſey eine Sache des Legatars zum Nutzen des Erben, welcher quaſi ex contractu zur Ablieferung des Vermächtniſſes verbunden iſt, ohne deſſen Einwilligung verwendet worden? Weit ſcharfſinniger iſt daher die Idee, welche Herr Prof. **Weber** [19]) aufgeſtellt hat. Er ſagt, die Verbindlichkeit entſpringe hier aus Verhältniſſen, welche im Ganzen doch etwas analogiſches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenſtand der Verträge iſt, und wobey wenigſtens ſonſt, nach beſondern Grundſätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird. Sie ſind alſo Quaſicontracte, weil ſich wenigſtens bey dieſen Geſchäf-

17) Tr. de pactis et contract. Romanor. Cap. IX. §. 139. ſqq.

18) Civiliſt. Magazin 1. Band S. 452.

19) ſyſtem. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 24. ff.

ſchäften, bey denen eine ſolche Verbindlichkeit angenommen wird, eine auffallende Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte findet. **Weſtenberg** [20]) führte zwar auch ſchon dieſen Charakter der Quaſicontracte an, wenn er ſagt: Quaedam ſunt negotia, propter aequitatem non tantum obligatoria, ſed et *contractibus ſimilia*, quae proinde *Quaſicontractus* recte dici potuerunt. *Negotiorum* enim *geſtio* et *tutelae adminiſtratio* ſimiles ſunt *mandato*, nec non quodammodo *hereditatis aditio*. *Rei communio* vero ſimilis eſt *ſocietati*; et *indebiti ſolutio mutuo*. Ut adeo mirum videri non debeat, iſtaec negotia prae aliis, *in quibus tanta ſimilitudo cum contractibus non invenitur*, *Quaſi Contractus* vocari. Allein er verſahe es darin, daß er dieſe Beſtimmung nicht mit in den Begriff aufnahm, den er von der Sache giebt. Denn ihm [21]) iſt ein *Quaſicontractus* nur factum non turpe, ex quo citra conventionem naſcitur obligatio. Dem Hrn. Prof. **Weber** gebührt alſo allerdings das Verdienſt, den Begriff der Verbindlichkeiten quaſi ex contractu nach der wahren Meinung der römiſchen Rechtsgelehrten richtiger beſtimmt zu haben, wenn er ſagt, es ſind ſolche Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältniſſen entſpringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewiſſen von dem Geſetzgeber beſtimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Verſprechen und Zuſage, eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit deſſen Gegenſtande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich getroffen worden. Zwar iſt die Sache in Anſehung der Erbſchaftsantretung nicht auſ-
ſer

20) de cauſis obligationum Diſſert. II. Cap. III. §. 13. 14. et 15.

21) a. a. O. §. 7.

ſer Zweifel, und wirklich ſchwer zu beſtimmen, an welchen Contract dieſes Geſchäft gränzen ſoll. Denn wenn man hier ein ſolches Verhältniß annimmt, welches den Erben gleichſam als Bevollmächtigten der Legatarien darſtellt, ſo iſt freylich die Erinnerung des Hrn. Prof. Hugo [22]) nicht ganz ohne Grund, daß ſich die Idee eines Bevollmächtigten, der auch ohne alle Rückſicht auf den Bevollmächtiger eine Handlung vornehmen dürfte, oder eines Bevollmächtigers, der das ſelbſt nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, nicht gern unterſchieben laſſe. Es verſtehet ſich indeſſen auch wohl von ſelbſt, daß hier von keiner ganz vollkommenen Aehnlichkeit in der Sache ſelbſt die Rede ſeyn könne, und daß es, um die Beſtimmung quaſi ex contractu, und deren Veranlaſſung zu erklären, ſchon genüge, in der Erbſchaftsantretung mit Rückſicht auf die Legatarien im Ganzen etwas anzutreffen, was nach römiſchen Rechtsſätzen ſonſt nur Folge eines Contracts zu ſeyn pflegte, und beſonders beym mandato vorkam [23]). Denn der Erbe, indem er die Erbſchaft antritt, handelt doch gewiß nicht blos zu ſeinem Beſten, ſondern befördert in der That auch zugleich das Intereſſe der Legatarien, weil er ihnen ein wirkſames Recht in Anſehung des Nachlaſſes verſchaft, was ſie ohne ſeine Mitwirkung nicht erlangt hätten. Soll nun einmal nach Vorſchrift des Civilrechts das Verhältniß, welches durch die Antretung der Erbſchaft zwiſchen dem Erben und den Legatarien begründet wird, als Wirkung eines ſonſt eigent-

22) a. a. O. S. 453.

23) Hiermit ſtimmt auch MADIHN in Princip. iuris Rom. de Succeſſionibus (*Francofurti cis Viadr.* 1792. 8.) §. 216. überein, wenn er daſelbſt ſagt: *Obligatio haec quaſi ex mandato illique ſimilis habetur.*

eigentlich erforderlich geweſenen Contracts angeſehen werden, ſo iſt doch unläugbar die Idee eines der Bevollmächtigung ähnlichen Verhältniſſes weit natürlicher, als wenn wir mit **Emund Merillius** [24]) einen Litteralcontract zum Grunde legen wollten [25]). Es läßt ſich auch wohl ohne Widerſpruch nach römiſchen Geſetzen [26]) denken, daß ein Bevollmächtiger zuweilen das ſelbſt nicht thun könne, was er einem andern aufträgt,

24) Commentar. in IV. libros Inſtitution. (edit. TROTZII *Trajecti ad Rhen.* 1739 4.) ad §. 4. I. de obligat. quae quaſi ex contr. Iſte vero quaſi contractus, ſagt er, accedit *ad litterarum obligationem:* heres enim ex teſtamento, *quaſi ex chirographo*, legatariis obligatur. *L. 41. D. ad Leg. Aquiliam.*

25) Da die Geſetze hier nur den Abgang eines ſonſt eigentlich erforderlich geweſenen Contracts ergänzten, ſo konnte vielleicht auch das die Vorſtellung erzeugen, daß man die Legatarien gleichſam als ſolche behandelte, in deren Namen und zu deren Beſten ein rechtsgültiger Contract ſelbſt mit dem Teſtirer geſchloſſen worden. Hieraus, meint Hr. Prof. Weber a. a. O. S. 27. laſſe ſich auch gewiſſermaſſen die Benennung der actionis *ex teſtamento* erklären. Siehe auch *Ioſ. Fern. de* RETES Opuſculor. Lib. IV. ad L. 41. §. 13. D. de legat. III. (*Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 208. n. 1.) und *Io. Chriſtph. Eric.* SPRINGER Diſſ. inaug. ſuper quaeſtione: an teſtamenta magis inter leges, quam inter contractus improprios ſive quaſi contractus ſint referenda? *Erlangae* 1777. Allein dagegen ließe ſich vielleicht noch einwenden, daß auf ſolche Art der Erbe nicht ſowohl den Legatarien, als dem Verſtorbenen ſelbſt verbindlich geworden wäre. *Tralatitium enim eſt*, ſagt *Ioſ.* FINESTRES in Praelectionib. Cervarienſ. ad Tit. Pandect. de acquirenda vel omitt. hereditate P. II. cap. XII. §. 14. p. 465. *cum iis nos contrahere, quibus obligamur.*

26) *L. 25. Cod. de Procurat. Nov. LXXI. cap. 1.*

trägt, wie ſchon Hr. Prof. **Weber** [27]) ſelbſt gegen den Einwurf des Hrn. Prof. **Hugo** gründlich erinnert hat. So roh übrigens der Grund iſt, den **Juſtinian** in ſeinen Inſtitutionen bey den meiſten Quaſicontracten anführt, nämlich weil hier die Verbindlichkeit aus keinem Contract herrühre, und doch auch noch weniger aus einem Vergehen hergeleitet werden könne [28]), ſo merkwürdig iſt es doch, wenn gerade der Empfang einer Nichtſchuld gleichſam als ein D a r l e h n angeſehen wird [29]), welches die Weberiſche Theorie noch mehr beſtärkt. Aus allen erhellet nun alſo ſoviel, daß bey den obligationibus quaſi ex contractu die Vorſchrift der Geſetze gleichſam an die Stelle des Contracts tritt. Der Grund ihrer Gültigkeit iſt demnach das G e ſ e tz [30]), welches hierbey Billigkeit und gemeines Beſte zum Maasſtab nimmt. Warum aber die römiſchen Geſetzgeber, um Verbindlichkeiten zu begründen, die doch ſchon das Naturrecht anerkennt, zu einem Quaſicontract ihre Zuflucht genommen haben, iſt bloß aus der beſondern Den-

27) von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. Not. 4. S. 29. der neueſten Ausgabe.

28) So z. B. heißt es §. 5. *I. de obligat. quae quaſi ex contr. naſc.* Heres quoque legatorum nomine *non proprie ex contractu* obligatus intelligitur: neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe proprie dici poteſt, et tamen, *quia ex maleficio non eſt obligatus*, QUASI EX CONTRACTU debere intelligitur.

29) §. 6. *I. eodem.* Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, *ac ſi mutuum ei daretur*, et ideo condictione tenetur.

30) **Hufelands** Lehrbuch der Geſchichte und Encyklopädie aller in Teutſchland gelt. poſitiven Rechte 1. Th. §. 505.

Denkungsart der Nation zu erklären. Die älteſte Form ſich verbindlich zu machen, war bey den Römern unſtreitig der **Contract**. Da nun aus bloßen Verträgen keine klagbare Verbindlichkeit entſtand, ſo reducirte man alle bürgerlich vollkommene Verbindlichkeit, inſofern keine unerlaubte Handlung dabey vorlag, auf Contracte. Dieſe nur waren den Römern bekannt und geläufig, und machten daher gleichſam den Grundſtoff aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten aus. Nun hatte der römiſche Bürger einen überſpannt hohen Begriff von ſeiner Freyheit. Unerträglich ſchien ihm der Gedanke zu ſeyn, daß ein Bürger über den andern ſich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der letztere ſich freywillig dazu anheiſchig gemacht, oder ein Strafgeſetz übertreten hätte. Und doch erforderte nicht ſelten das gemeine Beſte, einen Bürger verbindlich zu machen, wenn auch gleich derſelbe weder ſelbſt etwas verſprochen, noch ſonſt etwas Unerlaubtes begangen hätte. Denn in vielen Fällen war nicht einmahl ein Contract möglich. Man erklärte alſo dieſe Verbindlichkeiten, der Denkart des Volks gemäß, dadurch, daß man ſie quaſi ex contractu herleitete, ſofern ſich in den Verhältniſſen der Partheyen Aehnlichkeiten mit wirklichen Contracten fanden [31]). Ich läugne es nicht, daß ich in dieſer ganzen Darſtellung der Lehre von den ſogenannten Quaſicontracten dem um die philoſophiſche und elegante Bearbeitung des römiſchen Rechts ſo verdienten Herrn Profeſſor **Weber** vorzüglich gefolgt bin, weil ich keinen andern kenne, welcher dieſe durch die irrigen Sätze der Ausleger ſo ſehr verunſtal-

 tete

31) DIETERICH D. de genuina *quaſi* notione iuridica. §. 60. **Weber** von der natürl. Verbindlichkeit §. 8.

tete Doctrin des römiſchen Rechts richtiger und gründlicher abgehandelt hätte. Ich kann aber auch dieſe Lehre nicht verlaſſen, ohne noch ein Wort über deren heutige Anwendung mit demſelben hinzuzufügen. Daß die ganze Veranlaſſung, wodurch die römiſchen Rechtsgelehrten bewogen wurden, alle Rechte und Verbindlichkeiten, ſoviel möglich, auf Contracte und Verbrechen zu reduciren, bey uns wegfällt, bedarf keines Beweiſes. Es gehört demnach dieſe ganze Lehre von den obligationibus quaſi ex contractu zu den Subtilitäten des römiſchen Rechts, welche keinen practiſchen Nutzen haben. Warum wollten wir nicht lieber die Entſtehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Verbrechen vorhanden ſind, geradezu auf unmittelbare geſetzliche Vorſchrift, oder auf einſeitige Handlungen zurückführen, als uns mit der Larve der Quaſicontracte täuſchen laſſen [32])? Die Beſchaffenheit unſerer heutigen Rechtsgeſchäfte iſt auch wirklich, wie Herr Prof. Weber [33]) ganz richtig bemerkt, zu ſehr auf einen andern Fuß geſtellet, als daß nicht die Anlage unſeres Rechtsſyſtems durchaus fehlerhaft ſeyn müßte, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten noch heutiges Tages mit den römiſchen Rechtsgelehrten auf Verbrechen und Contracte, welche letzteren wir ohnehin im eigentlichen römiſchen Verſtande gar nicht einmahl mehr haben, zurückleiten wollten.

§. 310.

32) Man vergleiche hier noch *Ern. Henr.* MYLII Diſp. de fictione quaſi contractuum in iure germanico otioſa. *Lipſiae* 1741. und von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit S. 352.

33) a. a. O. §. 29. S. 90. ff.

§. 310.

Eintheilung der Contracte *in contractus bonae fidei* **und** *ſtricti iuris*, **und Verſchiedenheit der daher entſtehenden Klagen.**

In Abſicht auf die Wirkung theilten die Römer die Contracte weiter in contractus ſtricti iuris und bonae fidei ein. Erſtere nannten ſie diejenigen Contracte, deren ganze Rechtswirkung von der Formel und Feyerlichkeit der Worte abhieng, vermöge welcher ſie waren geſchloſſen worden, ſo daß daher kein Theil dem andern zu etwas mehreren verbunden war, als was ausdrücklich verſprochen worden. Von dieſer Art waren die Formular- oder Verbal-Contracte, welche ihre bürgerliche Rechtsverbindlichkeit durch ausgeſprochene feyerliche Worte erhielten, wohin nach dem neuern Rechte hauptſächlich die Stipulation mit den darunter begriffenen Arten, nämlich der Correal-Obligation, der Fidejußion u. dgl. gehörte [34]. Von dieſen galt alſo, was Celſus [35]) ſagt: Quidquid adſtringendae obligationis eſt, id, niſi palam verbis exprimitur, omiſſum intelligendum eſt. Das Gegentheil hier-

34) Dieß halte ich wenigſtens mit *Ge. Sam.* MADIHN Inſtitut. iur. civ. §. 389. für die richtigere Meinung. Andere rechnen, auſſer den wörtlichen und ſchriftlichen, auch noch die Realcontracte hierher, z. B. Hr. Prof. Hufeland im Lehrb. der Geſchichte und Encyklopädie der Rechte §. 503. Not. 1. Die meiſten Rechtsgelehrten hingegen halten wenigſtens das Darlehn für einen ſtricti iuris Contract. Allein dieſe Meinungen widerlegt §. 2. *I. de I. N. G. et C.* und *§. 28. I. de action.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iuſt. Henn.* BOEHMERI Diſſ. de fundamento uſurarum pecuniae mutuatitiae. (*Halae* 1728.) §. 8. ſqq.

35) *L. 99. D. de Verbor. Obligat.*

hiervon ſind die Contractus bonae fidei, bey denen nicht bloß auf die ausdrückliche Uebereinkunft der Contrahenten, ſondern auch zugleich anf die den Umſtänden nach eintretende natürliche Billigkeit Rückſicht genommen wurde. Denn die *bona fides*, welche in dieſen Contracten beabſichtiget wird, ſagt **Tryphonin** [36]), bedeutet nichts anders als ſummam aequitatem; und **Gajus** [37]) ſagt: In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri *ex bono et aequo* praeſtare oportet. Von dieſer Art waren alle übrigen Contracte, außer den Formularcontracten, alſo nicht die Conſenſualcontracte allein. Der Unterſchied zwiſchen den bonae fidei und ſtricti iuris Contracten war übrigens bey den Römern vom practiſchen Nutzen. Denn 1) iſt bereits oben (§. 296. und §. 301.) bemerkt worden, daß contractus ſtricti iuris gültig waren, wenn ſie gleich durch Betrug, oder widerrechtlichen Zwang veranlaßt worden [38]). Der verletzte Contrahent konnte ſich deshalb nicht mit der Klage aus dem Contract helfen, ſondern er mußte die prätoriſche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand dagegen ſuchen [39]). Contractus bonae fidei hingegen waren ſchon an ſich nichtig, wenn ein Betrug, oder ungerechte Furcht die Veranlaſſung dazu gegeben hatte [40]) ohne daß der Verletzte hier der prätoriſchen Rechtshülfe

36) *L. 31. D. depoſiti.*

37) *L. 2. §. 3. D. de Obligat. et Actionib.*

38) *L. 36. D. de Verbor. Obligat. L. 5. Cod. de inutil. ſtipulat.*

39) *L. 7. §. 3. D. de dolo malo.*

40) *L. 3. §. ult. D. pro ſocio. L. 21. §. 3. D. quod metus cauſ.* Man ſehe auch *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 19. (*Theſ. Meermann.* Tom. IV. pag. 40. ſqq.)

hülfe bedurfte, er konnte ſich nämlich der Klage aus dem Contracte ſelbſt bedienen [41]), weil ſchon die Natur des Contracts es mit ſich brachte, daß die Contrahenten bey einem ſolchen Vertrage redlich und aufrichtig gegen einander handeln mußten, ohne daß ſie nöthig hatten, wegen eines zu befürchtenden Betrugs ſich beſonders und mittelſt einer ausdrücklich hierauf gerichteten Clauſel vorzuſehen [42]), wie alles dieſes an den bemerkten Orten ausführlicher gezeigt worden iſt. Es ſcheint zwar, als ob dieſer Unterſchied im neuern römiſchen Rechte ſey aufgehoben worden. Denn die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** [43]) reſcribiren ganz allgemein: Bonam fidem in contractibus conſiderari, aequum eſt. Allein wenn gleich dieſes Geſetz von den Auslegern auch auf ſtricti iuris Contracte gezogen wird; ſo iſt doch die bona fides, die bey dieſen Contracten in Betrachtung kommt, von derjenigen Billigkeit ſehr verſchieden, welche den bonae fidei Contracten eigen iſt Denn bey jenen nahm man nur auf die allgemeinen Regeln der Billigkeit Rückſicht, damit ſich niemand beklagen durfte, er ſey unter dem Schein des Rechts vervortheilt, und um ſein Recht gebracht worden [44]). Deswegen hatte man auch vorzüglich in Anſehung der ſtricti iuris Contracte Rechtsmittel wider den Betrug und die ungerechte Furcht eingeführt, damit nicht etwa einer ſich mit des anderen Schaden durch ſeine ungerechte

41) *L. 7. §. 3. in fin. D. de dolo mal. L. 6. §. 8. L. 11. §. 5. D. de action. emti vendit.*

42) Contractibus bonae fidei doli praeſtatio ineſt, ſagt *L. 152. D. de Reg. iur.*

43) *L. 4. Cod. de obligat. et actionib.*

44) *L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except.*

gerechte Handlung bereichern möchte; und auch bey dieſen Contracten verſtattete man nicht, das nämliche zweymahl zu fordern, wenn es gleich ſtipulirt worden [45]). Allein ſoweit gieng doch dieſe bona fides nicht, daß man ohne prätoriſche Rechtshülfe ſich mit einer ordentlichen Klage hätte helfen, oder daß man ſonſt etwas hätte fordern können, was nicht ausdrücklich ſtipuliret worden [46]). Wenn daher auch ſchon Paulus [47]) ſagt: In omni contractu bonam fidem praeſtari debere; ſo hat hierbey der ſel. Hofrath Meiſter [48]) die ſehr richtige Bemerkung gemacht, daß hier die *bona fides* mehr dem dolo malo, als dem ſtricto iuri entgegen geſetzt werde. Es läßt ſich alſo wohl auf keine Weiſe behaupten, daß der Unterſchied zwiſchen den bonae fidei und ſtricti iuris Contracten bey den Römern je aufgehört habe, der ohne Zweifel noch zu Juſtinians Zeiten practiſch war [49]).

2) In

45) *L.* 18. *D. de Verbor. Obligat* *L* 57. *D. de Reg. iur* *L.* 51. *§. ult* *D. de Re iudic.* *L* 21. *D. de heredit. vel act. vend.* *L.* 4. §. 7. *D. de doli mali et met. except.*

46) So erklären dieſes Geſetz auch *Ioan* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 21. (*Theſaur. Meermann.* Tom. IV. pag. 47. ſqq.) *Ian. a* COSTA in Comment. ad §. 28. I. de Actionib. pag. 547. (edit. *van de* WATER) und VINNIUS in Comment. ad Eund. §. 28. I. nr. I.

47) *L* 59 §. 1. *D. Mandati.*

48) in Diſſ. de fide eiusque iure in uſucapione et praeſcriptione. Cap. I. §. 4. Not. b. (*Opuſculor. Syllog I.* pag. 14.)

49) Man vergleiche §. 28. und 30. *I. de Actionib.* Selbſt die Kr. Diocletian und Maximian ſagen an einem andern Orte *L.* 5. *C de reſcind vendit.* daß auf die bona fides in den davon benannten Contracten nur vorzüglich (maxime)

Rück-

2) In den bonae fidei Contracten bewirkte der Verzug des Schuldners eine Verbindlichkeit, Zinſen zu bezahlen [50]). Allein in den ſtricti iuris Contracten konnten ſolche, auch nicht einmahl von Zeit der Litisconteſtation an, gefordert werden [51]), wenn man ſich nicht durch eine Stipulation ausdrücklich Zinſen ausbedungen hatte.

Q 5 3) In

Rückſicht genommen werde. S. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad §. 28. I. de Actionib. pag. 483.

50) *L 32. §. 2. D. de Uſur. L. 5. C. de pact. inter Emtor. et Venditor.*

51) Anderer Meinung ſind zwar *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar. in Inſtitut. iur. civ. Lib. IV. Tit. VI. §. 24. pag. 459. *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. IV. (in *Theſ. Meermann.* Tom. III. pag. 271.) *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. I. §. 17. und *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. controv. P. II. Lib. XXII. Tit. I. Quaeſt. 3. Sie berufen ſich auf die *L. 35. D. de Uſur.* wo Paulus ſagt: Lite conteſtata uſurae currunt. Allein ſchon längſt haben *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XI. Err. 1. *Hugo* DONELLUS in Tr. de Uſuris. Cap. III. circa fin. *Reinh.* BACHOVIUS in Not. ad *Treutlerum* Vol. II. Diſput. III. Th. III. Lit. C. pag. 128. *Ioſ* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 20. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. II. Col. 436.) *Arn.* VINNIUS in Comm. ad § 28. I. de Actionib. nr. 4. *Ger* NOODT de Foenore et Uſuris Lib. III. cap. 12. und *Io. Henr* BERGER in Reſolution. Legum obſtant. Lib. XXII. Tit. I. Quaeſt. 1. p. 492. dieſen Irrthum widerlegt, und gezeigt, daß die angeführte *L. 35. D. de Uſur.* in Verbindung mit der *L. 18. D. de Novation.* welche beyde aus des PAULI *lib. 57. ad Edictum* genommen ſind, zu erklären, und ſo zu verſtehen ſey, daß der Zinſenlauf durch die Litisconteſtation nicht ſo, wie durch eine freywillige Novation, aufhöre. Paulus ſagt alſo

3) In den ſtricti iuris Contracten wurde ehemahls die Schuld nicht durch Compenſation getilgt, ſondern man mußte dem Kläger die exceptionem doli entgegen ſetzen, dahingegen in den contractibus b. f. die Compenſation ipſo iure Statt hatte. Jedoch hat dieſen Unterſchied ſchon Juſtinian aufgehoben [52]).

4) Von einem bonae fidei Contracte konnten die Partheyen mit beyderſeitiger Bewilligung gänzlich wieder abgehen, ſo lange der Contract noch nicht vollzogen war. Der Contract war hierdurch ipſo iure aufgehoben, als ob er nie geſchloſſen worden [53]). Allein wenn man eine Formularobligation aufheben wollte, ſo mußte ſolches entweder durch Acceptilation geſchehen, oder die Verbindlichkeit blieb nach dem ſtrengen Recht bey Kräften, wenn man ſie dem Schuldner nur durch ſimple Worte erlaſſen hatte, und der Schuldner mußte ſich mit der exceptione pacti ſchützen [54]).

Ich

alſo hier das nämliche, was auch ſchon die Kaiſer Severus und Antonin, unter denen Paulus lebte, in der *L.* 1. *Cod. de Iudiciis* für Recht erkannt haben, wenn es daſelbſt heißt: Iudicio coepto, uſurarum ſtipulatio non eſt perempta. Siehe auch VOET in Comm. ad Pandect. T. I. Lib. XXII. Tit. I. §. 10. POTHIER in Pandect. Iuſtinianeis Tom. I. Tit. de Uſur. Sect. II. Nr. XLI. und in Schol. ad Nr. XLVIII. pag. 625. et 627. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris ſec. ord. Digeſtor. Lib. XXII. Tit. I. §. 14.

52) §. 30. *I. de Actionib.*

53) *L.* 2. *et* 3. *D. de reſcind. vendit. L.* 7. *§.* 6. *D. de Pact. Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. XIV. nr. 13. ſqq.

54) *L.* 35. *D. de Reg. iur.*

Ich übergehe andere Differenzen, die man bey **Vinnius**[55]) nachleſen kann.

Auf dieſen Unterſchied der Contracte gründet ſich nun die Eintheilung der Klagen in actiones bonae fidei und ſtricti iuris, wie **Böhmer**[56]) ganz richtig behauptet. Keine andern Klagen waren nämlich ſtricti iuris, als die aus einem Formularcontract entſtanden, alle andere waren bonae fidei[57]). Beyde Gattungen der Klagen waren darinn unterſchieden. 1) Bey den actionibus ſtricti iuris konnte der Richter dem Kläger durchaus nichts anders zuerkennen, als was die Formel des Contracts ausdrücklich enthielt. Bey den actionibus bonae fidei hingegen hatte der Judex freyere Hände. Bey dieſen konnte er nach der Billigkeit beſtimmen, was der Beklagte dem Kläger zu leiſten ſchuldig war, wenn es gleich nicht ausdrücklich verſprochen worden[58]). Denn in den iudiciis bonae fidei galt, wie **Paulus**[59]) ſagt, das officium iudicis ſoviel, als bey einer

55) Comm. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4.

56) Doctr. de actionibus Sect. I. cap. III. §. 14. 19. et ſqq. Man vergleiche jedoch auch *Io Matth.* MAGNI Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. I. (*Theſ. Meermann.* T. III. p. 266. ſqq.) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 19. et 21. (*Theſ. Meermann.* Tom. IV.) und *Henr.* WAGNER Meditat. ad *Boehmeri* doctrin. de actionibus P. II. Cap. III. §. 14.

57) Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 1129. und *Lud. God.* MADIHN ad Menckenii doctr. de actionib. for. Not. 11.

58) §. 30. *I. de Action.* In bonae fidei iudiciis libera poteſtas permitti videtur iudici, *ex bono et aequo* aeſtimandi, quantum actori reſtitui debeat.

59) *L. 7. D. de Negot. geſt. L. 24. circa fin. D. depoſiti.*

einer Stipulation Frage und Antwort. Daher war auch 2) die Proceßform bey beyden Arten der Klagen ganz verſchieden[60]). Denn in den iudiciis ſtricti iuris mußte der Beklagte, wenn er eine peremtoriſche Einrede gegen die Klage hatte, ſolche ſchlechterdings beym Prätor (in iure) vorſchützen, ehe noch die Partheyen an den Judex verwieſen waren, damit ſie der Prätor der formulae iudicii, d. i. der Inſtruction, die er dem Judex gab, beyfügen konnte[61]). War dieſes nicht geſchehen, ſo fand der Beklagte beym Judex kein Gehör, wenn er ſie da erſt der Klage entgegen ſetzen wollte. Denn der Judex durfte die ihm gegebene Inſtruction nicht überſchreiten[62]); lautete dieſe alſo dahin: *Si paret, reum dare, facere oportere ex ſtipulatu, eum condemna*; ſo mußte er den Beklagten verurtheilen, ſobald der Kläger ſeine Intention bewieſen hatte[63]). Wollte der Beklagte nun dieſe Condemnation verhüten, ſo mußte er die ihm zuſtehende Einrede in Zeiten vorbringen, und bitten, daß ſie der Prätor der formulae iudicii beyfügen möchte. Dieß geſchah nun mit einer bedingungsweiſe abgefaßten Clauſel:

60) Hiervon handeln ſehr ausführlich *Ger.* NOODT Probabil. Lib. II. cap. I. Ebenderſelbe de iurisdictione Lib. I. cap. 13. circ. fin. und de forma emendandi doli mali cap. 5. et 8. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. XIV. nr. 27. ſqq. und D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 21.

61) CICERO *de Inventione Lib II. Cap.* 19. *In iure*, heißt es daſelbſt, *et exceptiones poſtulantur*, et quodammodo agendi poteſtas datur, et *omnis conceptio privatorum iudiciorum conſtituitur.*

62) SENECA *de Beneficiis* Lib. III. c. 7. ſagt: Iudicem formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit.

63) *§. 1. et 2. I. de Except.* AVERANIUS a. a. O. nr. 32.

ſel: z. E. *Si non convenerit, ne eam pecuniam actor peteret,* oder *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum eſt* [64]); und nun kam alles bey dem iudice pedaneo auf den Beweiß dieſer Einrede an, von welchem des Beklagten Losſprechung oder Verurtheilung abhing [65]). Bey den Iudiciis bonae fidei war es hingegen ganz anders. Hier war es nicht nöthig, den Prätor um eine Formel für die Einrede zu erſuchen. Nein, wenn der Exception auch in iure gar keine Erwähnung geſchehen war, ſo konnte ſie doch noch immer bey dem Iudex angebracht werden [66]). Die Einrede lag hier ſchon in der Natur eines iudicii bonae fidei [67]), worüber der Judex, da er durch die Clauſel: *ex bona fide,* oder *quantum aequius melius id dari* [68]), überhaupt einen ſolchen Streit nach Recht und Billigkeit zu entſcheiden angewieſen war, unſtreitig ſchon

64) *L. 2. §. 1. D. de doli mali et met. except.* Daher ſagt Paulus *L. 22. D. de Except.* Exceptio eſt conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

65) *L. 9. Cod. de Exception.* Daß indeſſen die exceptio doli, wenn ſie in iure vorgeſchützet worden, das iudicium ſtricti iuris in ein iudicium bonae fidei verwandelt habe, wie CUJACIUS Lib. III. Obſervation. cap. 17. und Lib. VIII. cap. 16. behauptet, iſt irrig, und ſchon längſt von *Ant* FABER Conjectur. Lib. XIV. cap. 18. und BACHOVIUS de Actionibus Diſputat. VI. Theſ. 22. widerlegt worden.

66) NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 13. prope fin. und Ebenderſelbe de forma emendandi doli mali Cap. 8. AVERANIUS l. c. nr. 33.

67) Die Geſetze ſagen: Exceptiones inſunt bonae fidei iudiciis. *L. 3. D. de reſcind. vendit. L. 21. in fin. D. Soluto matrim. L. 84. §. 5. D. de Legatis I.*

68) CICERO *Topic. cap. 17.* und *Or. pro Roſcio Comoedo. cap. 4.*

ſchon von Amtswegen erkennen konnte[69]). Ferner 3) wenn es auf die Erſetzung des Werths einer Sache ankam, ſo wurde bey den actionibus bonae fidei auf das tempus rei iudicatae, bey denen hingegen, welche ſtricti iuris waren, auf die Zeit der Litiscontestation geſehen[70]). 4) In den bonae fidei iudiciis hatte das iuramentum in litem ſtatt, allein wenn ex ſtipulatu geklagt wurde, ſo wurde dieſer Eid nur dann zugelaſſen, wenn die verſprochene Sache mora promiſſoris zu Grunde gegangen war, außerdem aber nicht[71]); andere Differenzen zu geſchweigen.

Soviel den practiſchen Nutzen dieſer Eintheilung in unſern Tagen anbetrift, ſo habe ich ſchon mehrmahlen bemerkt, daß bey uns keine Contractus ſtricti iuris mehr angetroffen werden, ſondern alle Verträge, die in Teutſchland errichtet werden, überhaupt und ohne Ausnahme vielmehr bonae fidei contractus ſind[72]). Es fällt daher auch

69) BACHOVIUS de Actionibus Diſp. VI. Theſ. 21.

70) *L.* 3. §. 2. *D. Commodati, junct. L.* 37. *in fin. D. Mandati.* VOET Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XLIV. Tit. VII. §. 13.

71) *L.* 5. *et* 6. *D. de in litem jurando.* VOET in Comm. ad Pandect. Lib. XII. Tit. III. §. 5.

72) BOEHMER doctr. de actionibus Sect. I. cap. III. §. 44. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. qua pacta non ſtricti iuris, ſed bonae fidei eſſe evincitur. *Halae* 1765. §. 19. ſqq. *Io. Chriſt.* RUDOLPH D. de effectu metus in pactis et contractibus. Sect. III. p. 40. Gmelins und Elſäſſers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 2. Band. §. 100. Rundens Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 184. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 751. und §. 1132. u. a. m. Siehe Not. 37. zum §. 296. dieſes Commentars.

auch der Unterſchied zwiſchen den actionibus bonae fidei und ſtricti iuris weg. Denn unſere Richter ſind nicht, wie der römiſche Iudex pedaneus, an die Contractsformel gebunden, ſondern müſſen bey der Beurtheilung derſelben vorzüglich auch auf Billigkeit, Abſicht der Paciscenten, und überhaupt auf die natürlichen Beſtimmungen eines Vertrags ihr Augenmerk richten [73]). Da wir alſo in Teutſchland jenes Formularweſen nicht mehr haben, worauf ſich dieſe ganze Diſtinction gründete, ſo kann natürlicher Weiſe von den römiſchen Geſetzen, die von contractibus und actionibus ſtricti iuris handeln, heut zu Tage keine Anwendung gemacht werden [74]).

§. 311.

Eintheilung der Verträge in *pacta nuda* und *non nuda*, und verſchiedene Arten der letztern.

Von den Contracten unterſcheidet nun das römiſche Rechtsſyſtem die bloßen Verträge, oder eigentlichen pacta, welche, wie Ulpian [75]) ſagt, außer der Ueber-

73) Mit Recht ſagt daher CARRACH in Adnotation. ad *Boehmerum* de actionibus pag. 36. ad §. 46. *In omnibus actionibus ſervanda eſt in Germania a iudice* AEQUITAS IURIS NATURALIS PERFECTE OBLIGANTIS. *Minime vero aliquid* EXTRAORDINARIUM *adjudicandum, quod nimirum praeſumi nequit, ſed ex ſpeciali conventione dependet, probandumque eſt.*

74) S. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des Röm. Rechts §. 4. S. 28.

75) *L. 7. §. 4. D. h. t.* cum nulla ſubeſt cauſa *praeter conventionem.* So leſen die meiſten Codices, wie *van* WACHENDORF in

Uebereinkunſt beyder Theile, keine cauſam civilem (§. 307.) haben. Dieſe theilte man wieder, wie bereits oben (§. 306.) bemerkt worden iſt, in ſimple und klagbare Verträge ein, je nachdem ſie entweder nur eine Exception, oder auch eine Klage wirkten. Letztere, die klagbaren Verträge, erhielten ihre verbindliche Kraft entweder durch einen Hauptcontract, dem ſie ſogleich bey deſſen Eingehung angehängt worden, (pacta adiecta) oder durch ein Edict des Prätors (pacta praetoria), oder durch ein beſonderes Civilgeſetz (pacta legitima). Alle dieſe verſchiedenen Arten der gerichtlich wirkſamen Verträge machten bloß Ausnahmen von der Regel des römiſchen Rechts, nach welcher pacta nuda keine Klage hervorbringen, der die Römer, aller Modificationen des neuern Rechts ungeachtet, doch jederzeit treu geblieben ſind, wie ſo unendlich viel Stellen unſers römiſchen Geſetzbuchs erweiſen [76]). Ob die Anhäng-

in Diſſ. de pactis nudis Cap. I. §. 2. (in *Diſſertation Triade* pag. 393.) bemerkt. Wollte man jedoch die Florentiniſche Leſeart *propter conventionem* beybehalten, ſo müßten dieſe Worte wenigſtens nach der Interpunction des Ludovicus Charondas zu den nachfolgenden: *hic conſtat, non poſſe conſtitui obligationem*, gezogen werden.

76) *Iac.* MAESTERTIUS de iuſtitia Legum Rom. Lib. I. cap. 33. will zwar jene Regel des Röm. Rechts lediglich auf ſolche Conventionen einſchrenken, welche blos aus Prahlerey oder wenigſtens ohne Ueberlegung und nicht im Ernſt eingegangen worden; er glaubt, ein ernſtliches und überlegtes Verſprechen habe nach Röm. Rechte jederzeit eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt. Allein dieſe Meinung verdient keiner Widerlegung, wenn ſie auch nicht ſchon ſo ausführlich vom *Io. Car. van* WACHENDORF in Diſſ. cit. Cap. II. §. 4. pag. 451. ſqq. wäre widerlegt worden.

hänglichkeit an das alte Rechtsſyſtem, nach welchem kein bloßes Verſprechen ohne Stipulation verbindlich war, oder die Beſorgniß, daß durch Einführung einer allgemeinen Verbindlichkeit oder Klagbarkeit aller Verträge ein Bürger gar leicht übereilt werden könnte, an Beybehaltung jenes Rechtsſatzes mehr Antheil habe, getraue ich mir nicht zu entſcheiden; ſoviel aber iſt gewiß, daß Kr. **Leo** durch ſeine Conſtitution [77]), wodurch er bloß die ſolennen Formeln bey den Stipulationen abgeſchaft hat, das alte Gebäude nicht niedergeriſſen habe [78]). Denn noch **Juſtinian** unterſcheidet in ſeinen Novellen [79]) ſehr genau zwiſchen Stipulationen und bloßen Verträgen, obwohl freylich ſchwer zu begreifen iſt, warum der Kaiſer gerade der Schenkung, einem der aller gefährlichſten Geſchäfte, wodurch der Bürger am allerleichteſten um ſein Vermögen kommen konnte, auch ohne alle Rückſicht auf Stipulation, die Wirkung beygelegt, daß man daraus klagen konnte [80]), hingegen in Abſicht auf das Verſprechen, daß man dem andern eine Sache leihen wolle, wenn man's nicht auf vorhergehende Frage mündlich zugeſagt, es bey dem alten Recht gelaſſen habe [81]).

Es

77) *L.* 10. *Cod. de contrah. et committ. ſtipulat.*

78) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. Medit. 5. iſt zwar anderer Meinung; allein *Iac.* VOORDA Elector. libro ſing. Cap. 21. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. not. k. haben dieſe Meinung gründlich widerlegt.

79) *Nov. CXXXVI. cap.* 4. et *Nov.* **CLXII**. *Cap. I. princ. et §.* 8.

80) *L.* 35. *C. de Donation.*

81) Merkwürdig iſt die Verordnung des Kaiſers Juſtinian in *L.* 14. *C. de contrah. et committ. ſtipulat.* über den Beweis

Es blieb alſo auch in dem neuern röm. Recht der Grundſatz feſt, daß ein pactum nudum keine Klage wirkt, und es iſt auch wirklich nichts unbilliges darinn zu finden, wenn man erwägt, wie leicht es nach dem neuern römiſchen Rechte war, auch ohne Formeln, einen bloßen Vertrag ſchon dadurch klagbar zu machen, daß man den Promittenten nochmals fragte, ob es auch wirklich ſein Ernſt ſey, das Verſprechen zu leiſten, und wie inſonderheit durch dieſe Vorſicht die Anzahl der Proceſſe vermindert werden konnte [82]). Doch, um wieder auf die klagbaren Verträge (pacta veſtita, pacta non nuda) zu kommen, ſo gehören zu dieſen

I) die pacta adjecta [83]). Sollten jedoch dieſe, als Nebenverträge, obligatoriſch ſeyn, ſo mußten ſelbige

1) einem

der nicht wirklich beobachteten Stipulation, wenn ein ſchriftlicher Aufſatz darüber vorhanden war. Man vergleiche auch Hugo civiliſt. Magazin 1. B. S. 447. f.

82) NOODT de pactis et transact. cap. X. DONELLUS in Commentar. ad L. 10. Cod. de pactis nr. 21. *van* WACHENDORF cit. Diſſ. Cap. II. §. 2. (in *Triad.* pag. 438.) und Ludw. Fried. Grieſingers Abhandlung von der Verbindlichkeit der Verträge. (Tübingen 1793. 8.) 1. Buch. 3. Kap. §. 6. S. 17. und §. 7. S. 25.

83) Die Römiſche Rechtslehre von den pactis adiectis haben vorzüglich abgehandelt *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 22. (in *Theſ. Meermann* T. IV. pag. 49.) *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 13. Cod. de pactis. *Ioſeph. Fernandez de* RETES Opuſculor. libr. II. Sect. IV. (in *Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 157. ſqq.) *Ger.* NOODT de pactis et transaction. cap. XI. et XII. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Diſſ. de pactis ſtricti iuris contractibus in continenti adiectis. *Lugd. Batavor.* 1699. 8. *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5—8.

van

1) einem bonae fidei Contract ſogleich bey Schließung deſſelben angehängt werden [84]). Denn nur ſo lange der

R 2 Haupt-

van WACHENDORF Diſſ. de pactis nudis Cap. II. §. 9. (*Triad.* p. 508. ſqq.) *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. XIX — XXIV. und Lib. XVIII. Tit. 1. Qu. XXX. et XXXI. und Sammlung der Röm. Geſetze (Frankf. u. Leipzig 1785.) S. 21. ff.

84) *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* Quinimo, interdum (pactum) *format ipſam actionem*, (d. i. es modificirt die Klage, giebt ihr eine andere Geſtalt, als ſie auſſerdem haben würde, ſo daß ſie nun auf mehr oder weniger gerichtet werden kann, als ſonſt geſchehen könnte, wenn der Contract ohne dieſes pactum geſchloſſen worden wäre, wie *van* WACHENDORF pag. 511. dieſen Ausdruck richtig erklärt) ut *in bonae fidei iudiciis.* Solemus enim dicere, *pacta conventa ineſſe bonae fidei iudiciis* (d. i. ſie ſind in dem Contracte mit begriffen, und machen gleichſam einen Theil deſſelben aus. *L.* 72. *D. de contrah. emt.* NOODT a. a. O. cap. XI. pag. 409. in fin. et ſq. und WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 33.) Sed hoc ſic accipiendum eſt: ut, *ſiquidem ex continenti pacta ſubſecuta ſunt*, etiam *ex parte actoris inſint*: (d. i. wenn das pactum dem Contracte ſogleich angehängt worden, ſo kann man darauf klagen, und zwar kommt hier dem Kläger die Hauptklage aus dem Contracte zu ſtatten. *Pactum enim dicitur contractui ineſſe* EX PARTE ACTORIS, ſagt POTHIER in Pandectis Iuſtinian. T. I. h. t. Nr. XXXIV. not. b. pag. 75. *quum valet ad porrigendam actionem ex illo contractu deſcendentem ad ea, quae huic pacto continentur.*) ex intervallo, *non inerunt*; nec valebunt, *ſi agat*: ne ex pacto actio naſcatur. (d. i. wenn hingegen das pactum erſt einige Zeit nachher dem Contract beygefügt worden, ſo iſt es nicht als ein Theil des Contracts anzuſehen, ſondern es iſt ein pactum nudum, und bringt daher keine Klage hervor.) Eben ſo Kaiſer Maximin in der

L. 13.

Hauptcontract noch nicht völlig abgeſchloſſen war, konnten die Nebenverträge als Theile deſſelben angeſehen werden; ſo lange war es gleichſam ein Handel, und mithin ließ ſich die Hauptklage auch mit auf das Nebenverſprechen anwenden [85]). Ea enim pacta inſunt contractui, ſagt Ulpian [86]), quae legem contractui dant, id eſt, quae *in ingreſſu contractus* facta ſunt. Wurde das pactum erſt einige Zeit nach abgeſchloſſenem bonae fidei Contract eingegan-

L. 13. *Cod. h. t.* In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, *ſi in continenti fiat.* Nam quod poſtea placuit, id non petitionem, ſed exceptionem parit.

85) Es mußte alſo das pactum dem b. f. Contract angehängt ſeyn, noch ehe derſelbe zur Richtigkeit gekommen, ſo daß es dem Contract eine gewiſſe Beſtimmung gab, wie vorzüglich *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 13. Cod. h. t. nr. 3—8. WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 33. WACHENDORF cit. Triad. Diſſ. pag. 510. und auch Hr. Prof. Weber in der ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 82. S. 381. gezeigt haben. Es behaupten indeſſen viele Rechtsgelehrten, daß, wenn das pactum ſogleich nach abgeſchloſſenem b. f. Contract eingegangen worden, ehe noch die Partheyen auseinander gegangen oder zu einem andern Geſchäft geſchritten waren, ſolches nach römiſchen Recht noch als ein Theil des Contracts anzuſehen geweſen, und die Contractsklage darauf gerichtet werden können; welches beſonders *Ioſ. Fernandez de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. IV. Cap. I. nr. 4. ſqq. pag. 158. ausführlich darzuthun geſucht hat, dem auch NOODT de pactis cap. XI. pag. 509. MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 25. BYNCKERSHOEK cit. Diſſ. Cap. I. pag. 9. und COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. und Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 30. beypflichten.

86) *L.* 7. §. 5. *D. h. t.*

gegangen, ſo kam es nach röm. Rechte darauf an, ob ſolches weſentliche Stücke des Contracts betraf, oder ausserweſentliche Dinge, adminicula, wie Papinian [87]) ſagt, oder naturalia und accidentalia (§. 305.), wie die neuern Juriſten reden. Im erſtern Falle, wenn z. B. nach abgeſchloſſenem Kaufe noch eine beſondere Verabredung über die Waare oder den Kaufſchilling hinzugekommen, und dadurch in Anſehung des einen oder des andern eine Aenderung getroffen worden, ſo war der Vertrag dennoch verbindlich. Denn man kann ja, ſagt Ulpian [88]), von dem Kaufe und andern bonae fidei Contracten gänzlich wieder abgehen, ehe der Contract erfüllet iſt. Kann nun das ganze Geſchäft aufgehoben werden, warum ſollte man es nicht durch ein pactum ändern können? Ueber-

87) *L.* 72. *D. de contrah. Emt.*

88) *L.* 7 *§.* 6. *D. h t.* Adeo autem bonae fidei iudiciis *exceptiones poſtea factae*, (d. i. die nachher getroffenen Verabredungen, *exceptio* heißt alſo hier ſoviel als pactio. S. RAEVARDUS Lib. II. Varior. cap. 13. NOODT de pactis c. XI. pag. 512. und *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. I. cap. 3. §. 1.) quae *ex eodem ſunt contractu*, (welche die Subſtanz des Contracts betreffen) inſunt, ut conſtet, in emtione caeteriſque bonae fidei iudiciis, *re nondum ſecuta*, poſſe abiri ab emtione. Si igitur *in totum* poteſt, cur non et *pars eius pactione mutari poteſt?* Et haec ita POMPONIUS *libro ſexto ad Edictum ſcribit.* Quod cum eſt, etiam *ex parte agentis* pactio locum habet, *ut et ad actionem proficiat*, nondum re ſecuta, eadem ratione. (d. i. das pactum giebt in dieſem Falle auch ein Recht, auf etwas zu klagen, was ſonſt nicht in dem Contract liegt, wenn es nämlich geſchloſſen wird, ehe noch der Contract erfüllt iſt.) Nam ſi poteſt tota res tolli, cur non et *reformari?*

bernahm daher ein Contrahent in einem ſolchem Vertrage eine Verbindlichkeit, die in dem Contract ſelbſt nicht lag, z. B. der Kaufſchilling wurde nachher durch Uebereinkunft der Partheyen erhöhet, ſo konnte aus dem pacto geklagt werden. Der Contract war in dieſem Falle, wie Ulpian [89]) ſagt, gleichſam erneuert, und umgeformt, oder eigentlich, wie Papinian [90]) ſich richtiger ausdrückt, anſtatt des erſtern ein neuer Contract geſchloſſen. Ward hingegen durch das pactum einem der Contrahenten etwas von ſeiner Verbindlichkeit nachgelaſſen, die ihm nach dem Weſen des Contracts oblag, z. E. das Gut war für 9000 fl. verkauft worden, man ſetzte aber nachher in einem pacto das Kaufgeld nur auf 8000 fl. ſo war der Contract durch ein ſolches pactum zum Theil aufgehoben [91]), und der Contra-

89) *L. 7. §. 6. cit. h. t.* ut quodammodo quaſi *renovatus contractus* videatur. CUJACIUS lib. II. Obſervation. cap. 15.

90) *L. 72. pr. D. de Contrah. emt.* Si omnibus integris manentibus (d. i. ehe noch der Kauf vollzogen worden, alſo wenn die Sache noch nicht übergeben, und das Kaufgeld noch nicht bezahlt iſt;) de augendo vel diminuendo pretio rurſum convenit, receſſum a priore contractu, et *nova emtio interceſſiſſe videtur.*

91) *L. 7. §. 6. D. h. t.* Unde illud aeque non reprobo, quod POMPONIUS *libris lectionum* probat, poſſe in parte recedi pacto ab emtione: quaſi *repetita partis emtione.* Statt dieſer letztern Worte, welche auch der Florentiniſche Codex enthält, will zwar *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. Iur. Rom. Lib. V. cap. 25. geleſen haben: *quaſi repetita parte emtionis.* Allein wenn man auch das Wort *repetita* durch revocata, oder reſciſſa erklärt, wie es in der *L. 2. D. de reſcind. vendit.* und *L. 14. D. de Re iud.* vorkommt; ſo iſt doch kein hinreichender Grund vorhanden, von der Florentiniſchen Leſeart abzugehen;

trahent von der ihm nachgelaſſenen Verbindlichkeit ipſo iure frey. Im letztern Falle endlich, wenn das pactum nur naturalia oder accidentalia contractus betraf, ſo wirkte es zwar keine Klage, in ſofern ſich der andere Contrahent noch zu etwas beſondern verbindlich gemacht hatte (ſi pactum aliquid adjiceret contractui); es gab aber doch dem Beklagten eine Exception [92]). Wenn alſo z. B. nach völlig abgeſchloſſenem Kaufe noch wäre ausgemacht worden, daß der ganze Handel nichtig ſeyn ſollte, wenn das Kaufgeld nicht in dem beſtimmten Termin bezahlt werden würde, ſo konnte der Verkäufer bey ausbleibender Zahlung nicht auf die Reſciſſion des Contracts klagen. Wäre hingegen feſtgeſetzt worden, daß der Verkäufer keine Eviction leiſten ſollte, oder hätte der Käufer verſprochen, daß er wegen heimlicher

gehen; indem *repetita partis emtione* nichts anders heißt, als: revocata, reſciſſa emtione partis eius, qua ab emtione receditur; wie KOEHLER in Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Lib. I. Cap. V. §. 3. pag. 32. aus einer Stelle des griechiſchen Scholiaſten Βασιλικῶν Tom. I. pag. 754. A. erwieſen hat.

92) *L. 7. §. 5. D. h. t.* Idem reſponſum ſcio a PAPINIANO: ſi poſt emtionem ex intervallo aliquid *extra naturam contractus* conveniat, (d. i. extra ſubſtantiam emtionis, wie Papinian ſagt *L. 72. D. de contrah. Emt.* alſo wenn einige Zeit nach geſchloſſenem Handel noch etwas ausgemacht worden, das nicht zum Weſen des Contracts gehört) ob hanc cauſam *agi ex emto non poſſe*; propter eandem regulam, *ne ex pacto actio naſcatur.* Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed *ex parte rei locum habebit pactum,* (d. i. utile erit ad tribuendam reo exceptionem. S. POTHIER Pandect. Iuſtinian. T. I. h. t. Nr. XXXIV. Not. d. pag. 75.) *quia ſolent et ea pacta, quae poſtea interponuntur, parere exceptiones.*

Mängel nicht aus dem Edict der Aedilen klagen wollte, und erſter wurde dennoch auf die Gewährsleiſtung belangt, oder letzterer ſtellte dennoch die actionem redhibitoriam oder quanti minoris an, ſo konnte ſich der Beklagte mit der exceptione pacti ſchützen [93]). Eine ſolche Einrede konnte aber auch dem Contrahenten zuweilen in dem Falle zuſtehen, da er aus dem Nebenvertrage nicht klagen konnte, wenn er nämlich auf die Erfüllung des Contracts belangt wurde [94]). Z. B. der Verkäufer hatte nachher dem Käufer noch

93) Hierauf beziehet ſich *L. 31. D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Paciſci contra Edictum Aedilium omnimodo licet: ſive in ipſo negotio venditionis gerendo conveniſſet, ſive poſtea.

94) *L. 72. pr. D. de contrah. emt.* Pacta conventa, quae poſtea facta *detrahunt aliquid emtioni,* contineri contractu videntur: *quae vero adiiciunt*, credimus non ineſſe. Quod locum habet in his, *quae adminicula ſunt emtionis:* veluti ne cautio duplae praeſtetur; aut, ut cum fidejuſſore cautio duplae praeſtetur. *Sed quo caſu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis, agente venditore.* Es iſt wohl auſſer Zweifel, daß Papinian in dieſen Worten von ſolchen Nebenverabredungen redet, die nicht die Subſtanz des Contracts, ſondern nur Nebendinge, adminicula, betreffen. Es beweiſen dieſes nicht nur die von dem Rechtsgelehrten angeführten Beyſpiele, ſondern auch die noch nachher folgenden Worte: An idem dici poſſit, aucto poſtea vel deminuto pretio, non immerito quaeſitum eſt; quoniam emtionis ſubſtantia conſtitit ex pretio. Mit Recht verwirft daher *Ant.* FABER in Rational. ad L. 72. cit. die Erklärung des CUJACIUS, welcher Lib. XIV. Obſervat. cap. 28. ganz anderer Meinung iſt. Zwar hat *Oſius* AURELIUS de variant. Cujacii interpretat. Diſpunct. XXV. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. III. pag. 758. ſqq.) den Cujaz gegen *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 25. zu verthei-

noch verſprochen, cautionem duplae durch Bürgen zu leiſten, das iſt — den doppelten Werth zu erſetzen, wenn etwa die Sache dem Käufer evincirt werden würde; hier konnte zwar der Käufer nicht auf die Erfüllung des Verſprechens klagen, weil dieſes pactum, um mit Papinian zu reden, dem Contract etwas adjicirte, was nicht zur Subſtanz des Contracts gehörte; allein klagte der Ver-

theidigen geſucht. Allein man ſehe vorzüglich NOODT de pactis cap. XI. pag. 511. Papinian unterſcheidet nun hier, ob das pactum, wodurch noch nach abgeſchloſſenem Kauf in Nebenſachen des Contracts eine beſondere Beſtimmung gemacht worden, ein pactum adjiciens, d. i. ein ſolches pactum iſt, wodurch dem einen Contrahenten noch eine neue Verbindlichkeit iſt aufgelegt worden, oder ob es ein pactum detrahens iſt, wodurch nämlich ihm eine Verbindlichkeit, die ihm ſonſt vermöge des Contracts würde obgelegen haben, iſt abgenommen worden. In dem erſtern Falle ſagt Papinian: pactum non ineſt contractui, d. i. es kann nicht als ein Theil des Contracts angeſehen, mithin die Klage, welche aus dem Hauptcontract entſpringt, auf einen ſolchen Nebenvertrag nicht ausgedehnt werden. Im letztern Falle hingegen ſagt Papinian, pactum contineri contractu, d. i. es giebt dem Beklagten eine Exception, welche nach der Regel: exceptiones bonae fidei iudiciis inſunt, (*L. 3. D. de reſc. vendit.*) auch noch bey dem Judex Pedaneus vorgeſchützt werden konnte, wie NOODT de pactis cap. XI. pag. 512. ganz richtig bemerkt hat. Uebrigens iſt dieſes Geſetz beſonders erläutert in *Bereng.* FERNANDI Comment. in L. 72. D. de contrah. emt. *Francof.* 1617. 8. und *Aegid.* HORTENSII Comm. in eand. L. *Francof.* 1603. Man vergleiche auch *Lud.* CHARONDAE Πιϑανῶν ſeu Veriſimil. Lib. III. cap. 11. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. I. pag. 786. ſq.) und Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract §. 660.

käufer wider ihn auf die Bezahlung des Kaufgeldes, ſo konnte jenes pactum dem Käufer wenigſtens eine Einrede wider die Klage verſchaffen [95]). Ein anderes war, wenn der Nebenvertrag, wodurch dem bereits abgeſchloſſenen Contract etwas hinzugethan wurde, im Grunde einen andern Hauptcontract ausmachte, dann konnte wenigſtens die aus dem letztern entſpringende Klage angeſtellt werden. Einen ſolchen Fall hat Hermogenian [96]). Wenn z. B. in dem Nebenvertrage wäre ausgemacht worden, daß der Verkäufer das verkaufte Grundſtück im Pacht behalten ſolle, ſo kann zwar, wenn dieſer Vertrag dem Kaufcontract ſogleich bey Schlieſſung deſſelben beygefügt worden, ex vendito geklagt werden, wenn der Käufer den Verkäufer hindern wollte, das Grundſtück zu beſtellen, und die Früchte einzuärnden; allein der Vertrag würde dennoch auch eben ſo verbindlich ſeyn, wenn er erſt einige Zeit nachher geſchloſſen worden wäre, weil er als ein Pachtcontract für ſich beſtehen, und daraus actione conducti geklagt werden kann [97]).

Was iſt nun aber Rechtens, wenn einem ſtricti iuris Contracte ein pactum angehängt wurde? Darüber ſind die Ausleger des römiſchen Rechts noch nicht einig. Einige behaupten, daß in Abſicht auf die angehängten Verträge kein Unterſchied zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Contracten

95) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 7.

96) *L. 75. D. de contrah. emt.* — Qui fundum vendidit, *ut eum certa mercede conductum habeat*, vel ſimile quid paciſcatur, ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit.

97) S. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani Epitomar. iuris Libr. VI. Commentar. ad L. cit. 75. D. de contrah. Emt. §. 3. pag. 451.

cten ſey, ſondern dieſelben auch bey den letztern eine Klage gewirkt hätten, wenn ſie nur der Stipulation ſogleich und unmittelbar wären beygefügt worden [98]). Andere hingegen läugnen dieſes ſchlechterdings, welches auch wohl der Rechtsanalogie gemäßer zu ſeyn ſcheint, weil die actio ex ſtipulatu, deren weſentliches Fundament hier in der feyerlichen Formel beſtand, auf die ſimplen Nebenverträge gar nicht anwendbar war [99]). Nur darüber iſt man noch im Zweifel, ob ein ſolches pactum, das einem ſtricti iuris Contract gleich Anfangs beygefügt worden, ipſo iure gegen die Klage geſchützt, oder nur eine Exception gewirkt habe. Das letztere behauptet vorzüglich **Cornelius van Bynkershök** [100]), dem hierin mehrere beygetreten ſind [1]); ich halte aber

98) *Lud.* CHARONDAS Πειϑανῶν ſ. Veriſimil. Lib. II. Cap. 9. (*Theſ. Ottonian.* Tom. I. p. 752. ſqq.) *Em.* MERILLIUS Obſervation. Lib. III. Cap. 24. *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 4. (*Theſ. Meermann.* Tom. III. pag. 270.) *Ger.* NOODT de pactis cap. XII. pag. 518. und beſonders *Ioſ. Fernandez de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. IV. Cap. 2. (*Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 159. ſqq.)

99) Nihil enim ex ſtipulatione poteſt deberi, quod ſtipulatione non contineatur, ſeu quod ſtipulationis pars non ſit, ſagt *Hugo* DONELLUS in Commentar. ad L. 13. C. de Pactis nr. 12. p. 57. Man ſehe auch *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Quaeſt. 20. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. II. §. 1. und **Webers** Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 82. S. 381.

100) Lib. ſing. ad L. Lecta 40. D. de rebus credit. Cap. 10. und in Diſſ. de pactis ſtricti iuris contractibus in continenti adjectis.

1) *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. V. Theſ. Iur. Rom. pag. 10. *van* WACHENDORF cit. Diſſ. de pactis nudis Cap. II. §. 9. (in *Triad.*

aber das erſtere für richtiger [2]). Alles kommt hier auf die Erklärung der famöſen L. Lecta 40. D. de Reb. credit. an, welche ihrer Schwierigkeit wegen von den Rechtsgelehrten unter die leges Pandectarum damnatas gezählet wird [3]). Der Fall, den **Paulus** darin vorträgt, war bey dem Präfectus Prätorio **Aemilius Papinianus** [4]) vorgekommen, in

Triad. Diſſertat. pag. 515.) COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

2) Eben ſo *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 22. VOET in Commentar. ad Pandectas h. t. §. 7. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 10. *Iac.* VOORDA Elector. libro ſing. Cap. XIX. *Ant* SCHULTING in Enarrat. part. Imae Digeſtor. h. t. §. 9. u. a. m.

3) S. *Corn. van* ECK Comment. de ſeptem damnatis legibus Pandectarum ſ. crucibus ICtorum. rec. *Halae* 1766. Cap. II. *Io. Phil* HAHN Diſp. ad leges damnatas. *Moguntiae* 1748. Analyſ. II. Auſſer dieſen haben über das gedachte Geſetz geſchrieben *Guil.* BARCLAJUS Commentar. ad Tit. Pand. de reb. creditis, (in *Theſ. Ottonian.* T. III. pag. 893. ſqq.) *Matth.* STEPHANI in Diſſ. ad verum L. Lecta D. de reb. credit. intellectum. *Gryphiswald.* 1636. *Hieron* GROSLOTIUS Commentar. in L. Lecta (Tom. V. *Theſ. Ottonian.* pag. 31.) *Ger.* NOODT de foenore et uſuris Lib. III. cap. 4. und vorzüglich *Corn. van* BYNKERSHOEK cit. libr. ſing. ad L. Lecta 40. D. de R. Cred. *Lugd. Batavor.* 1699. 8.

4) *Lecta eſt,* heißt es gleich im Anfange der L. 40. *in auditorio* AEMILII PAPINIANI, *Praefecti Praetorio, Iurisconſulti cautio huiusmodi:* die Praefecti praetorio, urſprünglich blos Commandeurs der kaiſerlichen Garde, erhielten bekanntermaßen unter Antonin, dem Philoſophen, die Gewalt der erſten Staatsminiſter, und ſprachen im Namen des Kaiſers ſowohl in bürgerlichen als peinlichen Fällen Recht. Ihr Tribunal wird *audi-*

in deſſen Tribunal **Paulus** ſelbſt Aſſeſſor war. Er war folgender. Lucius Titius hatte ſeinem Gläubiger dem Publius Mävius eine Handſchrift ausgeſtellt, worinn erſter bekannte, eine Summe von 15000 Denarien als ein Anlehn von dem letzteren erhalten zu haben, welche ihm aus des Gläubigers Chatoulle richtig ausgezahlet worden wäre [5]). Es war dabey Anfangs ſtipulirt worden, daß die dargeliehene Summe ſogleich am erſten Tage des nächſtfolgenden Monats

auditorium genennt, und die berühmteſten Rechtsgelehrten waren hier Beyſitzer. *L.* 3. *§.* 3. *D. de Uſur.* S. *Aug.* CAMPIANUS de officio et poteſtate magiſtratuum Rom. p. 128. ſqq. Das Wort *Iurisconſulti* beziehet ſich nicht ſowohl auf Papinian, ſondern, wie HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Lib. XII. §. 2. zeigt, auf cautio. Der Sinn alſo iſt: es wäre in dem Gerichtsſaal des Präfectus Prätorio, Aemilius Papinianus, eine gewiſſe von einem Rechtsgelehrten abgefaßte Schuldverſchreibung (cautio) folgenden Inhalts verleſen oder vorgetragen worden.

5) Lucius Titius ſcripſi, me accepiſſe a Publio Maevio *quindecim mutua*, numerata mihi *de domo.* *Quindecim* ſoll hier wahrſcheinlich ſoviel als quindecim millia denariorum bedeuten. Daß hier von Denarien die Rede iſt, erhellet aus dem nachfolgenden pacto. Sonſt hat *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 24. nr. 4. nicht unrecht, wenn er bemerkt, daß unter *decem*, *quindecim*, *centum* etc. ſoviel tauſend Seſtertien zu verſtehen ſind. *De domo* iſt hier ſoviel als ex arca, *L.* 26. *D. de conſtit. pecun.* und wird der *numerationi de menſa* entgegengeſetzt, wenn man das Geld bey einem Argentarius (Banquier) aufnahm, welches auch *menſae ſcriptura* genennt wurde. Von dieſer numeratione de menſa ſowohl als de domo handelt ausführlich *God. Lud.* MENCKEN in Diſſ. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipſ.* 1749. §. 2—7.

nats promt, und in eben ſo guten Münzſorten, als der Schuldner erhalten, wiederbezahlt [6]), bey ausbleibender Zahlung hingegen das Capital verzinſet, und zwar, von dem Tage des eingetretenen Verzugs an, jeden Monat ſo lang, bis die Schuld bezahlt ſeyn würde, von jedem Hundert ein Denarius zur Strafe entrichtet werden ſollte [7]). Allein gleich nach Errichtung dieſer Stipulation beſinnen ſich die Partheyen eines andern, und werden mit einander eins, daß Titius die ihm geliehene Summe nicht auf einmal, ſondern Monatsweiſe in einzelnen Poſten wieder bezahlen, und zwar jeden

6) Haec quindecim proba *recte dari Calendis futuris* ſtipulatus eſt Publ. Maevius, ſpopondi ego Lucius Titius. Die Worte *recte dari* drücken die gewöhnliche Clauſel bey Verträgen und Schuldverſchreibungen aus, welche in der *L.* 71. *ſ.* 1. *D. de Verb. Signif.* erklärt wird. Heut zu Tage ſagen wir treulich, ſonder Gefährde. *Calendis futuris* d. i. proximis *L.* 41. *D. de Verb. Obligat.*

7) Si die ſupra ſcripta ſumma Publio Maevio eive, ad quem ea res pertinebit, (i. e. *heredi aut ceſſionario*) data, ſoluta, ſatisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, (i. e. *praeter et ſupra ſortem*) quo poſt ſolvam, (i. e. *quoad usque ſortem integram perſolvero*) poenae nomine (i. e. *uſuram morae L.* 90. *D. de V. O.*) in dies triginta, (i. e. *in ſingulos menſes; L.* 101. *D. de R. I.* Denn die Zinſen wurden alle Monate bezahlt. *L.* 90. *D. de V. O. L.* 8. §. 4. *D. de Transact. L.* 26. *D. Depoſ.* Daher die triſtes Calendae bey HORAT. Sat. 3. v. 86.) inque denarios centenos denarios ſingulos dari, ſtipulatus eſt P. Maevius, ſpopondi ego L. Titius. Dieſe letzteren Worte enthalten eine Beſchreibung der uſurae centeſimae. Denn wenn von hundert Denarien alle Monate ein Denarius an Zinſen bezahlt wurde, ſo machte dieß im ganzen Jahr zwölf Procent.

jeden Monat 300 Denarien vom Capital abtragen ſollte [8]). Titius hatte nun in den geſetzten Terminen mit der Bezahlung der Schuld nicht inne gehalten, es war alſo die Frage, wie viel derſelbe an Zinſen des Verzugs zu bezahlen ſchuldig ſey? Konnte der Gläubiger von dem erſtern des Monats an, da vermöge der Stipulation die Wiederbezahlung des Capitals geſchehen ſollte, Zinſen der ganzen Summe, oder konnte er nur von einer jeden einzelnen Poſt, welche vermöge der letztern Verabredung alle Monat mit 300 Denarien hätte abgetragen werden ſollen, die Zinſen zu zwölf Procent verlangen [9])? Die Gerichtsbeyſitzer waren bey Entſcheidung dieſer Frage verſchiedener Meinung. **Paulus** trägt zuerſt ſeine Meinung vor, welche dahin gehet [10]): der Schuldner müſſe zwar von dem erſten des Monats an, da

8) Convenitque inter nos, uti *pro Maevio* ex ſumma ſupra ſcripta menſtruos refundere debeam denarios trecenos ex omni ſumma ei heredive eius. Die Haloandriniſche Leſeart *Publ. Maevio*, ſtatt pro Maevio, ſcheint hier allerdings richtiger zu ſeyn.

9) Quaeſitum eſt de obligatione uſurarum, quoniam numerus menſium, qui ſolutioni competebat, tranſierat. Man ſtreitet darüber, wie viel Monate in dem gegenwärtigen Falle verſtrichen geweſen. S. BYNKERSHOEK ad h. L. Cap. 9. Allein der Streit iſt unnütz, genug, die dem Schuldner zur Zahlung geſetzten Termine waren verſtrichen.

10) Dicebam, quia *pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur*, perinde eſſe ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, uſuras adjeciſſet. Igitur finito primo menſe primae penſionis uſuras currere et ſimiliter poſt ſecundum et tertium tractum uſuras non ſolutae pecuniae penſionis creſcere; nec ante ſortis non ſolutae uſuras peti poſſe, quam ipſa ſors peti potuerat.

da mit Bezahlung der Schuld der Anfang gemacht werden ſollen, Zinſen bezahlen, allein nicht vom ganzen Capital, ſondern nur von ſo viel einzelnen Poſten, als Termine poſt Calendas primas verſtrichen ſind. Alſo nach Ablauf des erſten Monats die Zinſen von den erſtern dreyhundert Denarien, welche Calendis primis hätten bezahlt werden ſollen, und eben ſo nach Verlauf des zweyten und dritten Termins von den in dieſen Terminen nicht gehörig bezahlten Poſten. Es verſtehe ſich auch, daß die Zinſen von den åltern Poſten fortlaufen, wenn die ſpäteren zahlbar werden, dergeſtalt, daß wenn die zweyte Poſt gefällig wird, und die erſtere noch nicht bezahlt iſt, nun von dieſer zweifache Zinſen, nämlich von dem erſten und zweyten Termin, gegeben werden müſſen, und ſo ſchwellen die Zinſen der åltern Poſten immer mehr an, je länger ſie unbezahlt bleiben. Die Gründe dieſer Entſcheidung ſind folgende: 1) ſey es eine Regel: pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur. Vermöge dieſer Regel müſſe man alſo annehmen, als wenn gleich Anfangs ſtipulirt worden, daß Titius die ſchuldige Summe Monatsweiſe und in einzelnen Terminen und Poſten bezahlen ſolle, derſelbe auch ſich auf den Fall, da die Bezahlung in den beſtimmten Terminen nicht gebührend erfolgen würde, zu den Zinſen des Verzugs in Anſehung derſelben verbindlich gemacht hätte. Hierzu komme 2), daß wegen eines nicht bezahlten Capitals eher nicht Zinſen gefordert werden können, als bis das Capital ſelbſt zahlbar iſt. Wäre es nun bey der erſtern Stipulation geblieben, und Titius hätte primis Calendis die Schuld nicht wiederbezahlt, ſo hätte freylich Mävius ſogleich auf die Bezahlung des ganzen Capitals klagen, und von ſo viel Monaten, als über den Zahlungstermin verſtrichen ſind, Zinſen vom ganzen Capital ver-

verlangen können. Allein nun ſey ja dieſer Stipulation in continenti das pactum beygefügt worden, vermöge deſſen der Schuldner das Capital nicht ganz und auf einmal, ſondern in einzelnen Terminen, und zwar jeden Monat nur dreyhundert Denarien bezahlen ſollte. Konnte nun alſo der Gläubiger vermöge dieſes pacti nicht gleich auf das ganze Capital klagen, ſondern nur auf ſo viel einzelne penſiones, als verfallen waren, ſo kann er ja auch nicht die Intereſſen des ganzen Capitals fordern, ſo lange nicht das ganze Capital verfallen iſt. Nam ubi ſortis petitio non eſt, ibi nec uſurarum petitioni locus eſt [11]). Dieſe Meinung des Paulus blieb jedoch nicht auſſer Widerſpruch. Man wendete ihm ein, 1) das pactum betreffe nur die Wiederbezahlung des Capitals, von Zinſen enthalte es nichts, es müſſe alſo in Anſehung derſelben bey erſter Stipulation ſchlechthin verbleiben. 2) Wirke auch das pactum, welches einer Stipulation angehängt worden, nicht ipſo iure, ſondern gebe nur eine Exception, womit der Schuldner ſich gegen die Klage ſchützen könne. Hieraus folge, daß Titius vermöge der Stipulation ſogleich mit Ablauf des erſten Zahlungstermins Zinſen des ganzen Capitals ſchuldig geworden ſey, gegen deren Lauf ihn keine Exception habe ſchützen können, weil dieſe nicht auf die vergangene Zeit zurückwirke, ſondern dem Schuldner erſt von der Zeit an nütze, da er ſie in den Gerichten opponirt [12]). Dieſen Einwürfen begegnet nun Pau-

11) *L. 69. §. 2. L. 77. D. de iure dot.*

12) Pactum autem, quod ſubiectum eſt, quidam dicebant, ad ſortis ſolutionem tantum pertinere, non etiam ad uſurarum, quae priore parte ſimpliciter in ſtipulationem veniſſent: pactumque id tantum ad exceptionem prodeſſe. Et ideo non ſoluta pecunia ſtatu-

Paulus folgendergeſtalt: ad 1) Zinſen richten ſich nach dem Capital. Da nun durch den angehängten Vertrag die Bezahlung des Capitals aufgeſchoben und auf Tagezeiten geſetzt worden, ſo ſey hierdurch auch die vorhergegangene Stipulation wegen der Zinſen dergeſtalt modificirt worden, das letztere nur nach Maasgabe des eintretenden Verzugs zu laufen hätten anfangen können. Konnte alſo ein Verzug in Abſicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals proximis Kalendis nicht ſogleich eintreten, propter exceptionem pacti, ſo habe auch nicht gleich vom Ablauf des erſtern Zahlungstermins an eine Verbindlichkeit, Zinſen vom ganzen Capital zu bezahlen, daſeyn können. ad 2) Wirke ein ſolches pactum, wodurch die obligatio ſtipulationis, wie in dem gegenwärtigen Fall, vermindert wird, ſofern es in continenti beygefügt worden, allerdings ipſo iure; dieſe Meinung habe wenigſtens vor dem Rigeur des Rechts jederzeit den Vorzug behauptet; weil es nicht vom Beklagten abhängt, wenn ehe er belangt ſeyn will, um die ihm zuſtehende Einrede vorſchützen zu können [13]. Geſetzt aber, man wollte

ſtatutis penſionibus, ex die ſtipulationis uſuras deberi, atque ſi id nominatim eſſet expreſſum. Unter den *quidam dicebant* ſind unſtreitig die übrigen Beyſitzer des Papinianeiſchen Tribunals zu verſtehen, die der Meinung des Paulus widerſprachen. Es iſt daher nicht nöthig, mit Haloander dicebat zu leſen, wie BYNKERSHOEK ad L. Lecta Cap. XII. zeigt. Ein vorzüglicher Gegner des Paulus ſcheint Ulpian geweſen zu ſeyn. Vielleicht war auch Papinian ſelbſt anderer Meinung. S. ZEPERNICK Diatr. de rerum perpetuo ſimiliter a Centumviris iudicatarum auctoritate, fori diſputationis nobiliſſima ſpecie §. XVII. apud SICCAM. de iudicio centumvirali pag. 371.

13) *L. 5. §. fin. D. de doli mali et met. except.*

te auch zugeben, daß das der Stipulation angehängte pactum nur eine Exception wirke, ſo könne doch ohnmöglich eine Verbindlichkeit zur Zinßzahlung *ipſo iure* eintreten, ohne daß der Schuldner in mora iſt. Nun ſey aber Titius nicht gleich mit Ablauf des erſten Zahlungstermins in mora geweſen, das ganze Capital zu bezahlen, weil derjenige nicht in mora iſt, der ſich mit einer Exception ſchützen kann, wenn wider ihn auf die Bezahlung des ganzen Capitals geklagt werden wollte, das er auf einmahl zu bezahlen nicht ſchuldig iſt [14]). Es hätte zwar, ſetzt Paulus, um allen Mißverſtand zu verhüten, noch hinzu [15]), allerdings ausgemacht werden können, daß wenn der Schuldner in einem

14) Dieß iſt der Sinn folgender Worte: Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, ut etiam uſurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et ſi, ut *ille* putabat, *ad exceptionem tantum prodeſſet pactum*, (quamvis ſententia diverſa obtinuerit) tamen uſurarum obligatio *ipſo iure* non committetur: non enim *in mora* eſt is, *a quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt.* Paulus braucht hier Gründe, gegen die ſein Gegner unmöglich etwas weiter einwenden konnte. Denn Ulpian ſelbſt, welcher der *Ille* ſeyn ſoll, ſagt *L.* 21. *D. de Uſuris:* Moram factam non videri, ſi exceptio aliqua allegetur. Nun enthielt ja die ſtipulatio uſuraria die Bedingung, ſi mora fiat, welche aber poſt primas Calendas, in Abſicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals, nicht exiſtirte. S. BYNKERSHOEK ad L. L. Cap. XIII. in fin.

15) Sed ſi quantitatem, quae medio tempore colligitur, ſtipulamur, *cum conditio exſtiterit,* ſicut eſt in fructibus, idem et in uſuris poteſt exprimi: ut ad diem non ſoluta pecunia, *quo* competit uſurarum nomine, *ex die interpoſitae ſtipulationis* praeſtetur. Statt quo competit iſt wohl mit Haloander richtiger *quod competit* zu leſen.

Termin mit der Bezahlung ausbleiben würde, die Zinſen vom ganzen Capital der Stipulation gemäß bezahlt werden ſollten; denn man kann ſich ja bey einer Summe, die mir Jemand unter einer Bedingung zu bezahlen ſchuldig iſt, verſprechen laſſen, daß wenn die Bezahlung nicht mit dem Tage, da die Bedingung exiſtirt, erfolgen würde, der Schuldner ſodann die Zinſen von Zeit der errichteten Stipulation an bezahlen ſolle [16]). Allein ein ſolcher Vertrag ſey ja auch in dem gegenwärtigen Falle nicht geſchloſſen worden. Aus dieſer Erklärung ergiebt ſich nun, 1) daß in der L. 40. nach der Beſchaffenheit des darin entſchiedenen Rechtsfalles weder die Frage davon habe ſeyn können, ob ein pactum, das einem ſtricti iuris Contracte in continenti beygefügt worden, eine Klage wirke, noch weniger aber ſolches vom **Paulus** behauptet worden ſey [17]), daß aber 2) ein ſolches pactum, wenn es, wie in dem Falle dieſes Geſetzes, liberatorium iſt, mehr als eine bloße Exception wirke; indem vielmehr die Hauptverbindlichkeit dadurch dergeſtalt modificirt wird, daß die Wirkung deſſelben keine andere ſeyn kann, als welche durch das pactum adjectum iſt feſtgeſetzt worden, nicht anders, als wenn gleich Anfangs die Stipulation nur darauf gerichtet geweſen wäre [18]). Hier-

16) Dieſem iſt die *L. 17. pr. D. de Uſur.* nicht entgegen, wie BYNKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 19. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diſſ. XXX. (*Operum* Tom. 3. pag. 284. ſqq.) und PÜTTMANN Interpretat. et Obſervation. lib. ſing. Cap. XXIV. §. 2. pag. 111. gezeigt haben.

17) S. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν ſ. Legum conciliat. Centur. IX. Qu. 45.

18) Nihil enim intereſt, ſagt PAULUS an einem andern Orte *L. 112. D. de Reg. iur.* ipſo iure quis actionem non habeat, an

Hiernächſt wird 2) zur Rechtsbeſtändigkeit der Nebenverträge nach römiſchen Rechte weiter erfordert, daß ſelbige dem Weſen des Hauptgeſchäfts, dem ſie beygefügt worden ſind, nicht zuwider ſeyn dürfen[19]. Denn ſolche Nebenverträge begründeten keine Klage, deren Inhalt mit mit der Natur des Hauptcontracts, ſo wie ſolche in den bürgerlichen Geſetzen beſtimmt war, nicht überein kam, weil ſie an ſich keinen eigenen Rechtsbeſtand hatten. Dahin gehört z. B. das Verſprechen der Zinnſen beym Darlehn[20]; ferner der Vertrag, daß ein ſocius allen Gewinn allein haben, der andere aber allen Verluſt allein tragen ſolle[21]; ingleichen daß eine Societät oder Gemeinſchaft nur mit Einwilligung aller Intereſſenten aufgehoben werden ſolle[22]; nicht minder die Verabredung, daß ein ſogenanntes precarium vor Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht wieder gefordert werden dürfte[23]; u. d. m.

an per exceptionem infirmetur. Man ſehe auch auch EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 20. Not. w. pag. 238.

19) S. NOODT de pactis Cap. XI. pag. 513. und Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 81. u. 82.

20) Ein ſolches Verſprechen der Zinſen beym Darlehn war der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti, nach Röm. Rechtsbegriffen zuwider, es mußte alſo durch Stipulation eine nova obligatio begründet werden. *L. 1. 3. 4. et 7. Cod. de Uſuris. I. H.* BOEHMER D. de fundamento uſurarum pecuniae mutuaticae (*Exercitat. ad Pandect.* T. IV.) §. 10. ſqq.

21) *L. 29. §. 2. D. pro ſocio.*

22) *L. 14. L. 70. D. eodem.*

23) *L. 12. D. de precario.* Cum precario aliquid datur, ſi convenit, *ut in Calendas Iulias precario poſſideat*, nunquid exceptio-

Zu den klagbaren Verträgen gehören II. die **pacta legitima**, welche durch beſondere Civilgeſetze namentlich beſtätiget worden ſind [24]). Beyſpiele ſind das Verſprechen eines Brautſchatzes, oder das Verſprechen, daß man einem andern etwas ſchenken wolle; ferner wenn mir eine Stadt Geld dargeliehen, und ich ihr Zinſen davon verſprochen hatte [25]); oder wenn ich einem Getreide vorgeſtreckt, und mir davon Zinſen verſprechen laſſen [26]). Endlich

III. die **pacta praetoria**, aus welchen der Prätor eine Klage gab. Dahin gehörte z. B. das pactum hypothecae, das conſtitutum, das pactum de iureiurando, wovon zu ſeiner Zeit gehandelt werden wird.

§. 312.

ceptione adjuvandus eſt, ne ante ei poſſeſſio auferatur? Sed nulla vis eſt huius conventionis, ut rem alienam domino invito poſſidere liceat.

24) **Paulus** ſagt in der *L. 6. D. de pactis*, LEGITIMA CONVENTIO eſt, quae lege aliqua confirmatur. Es iſt alſo wohl auſſer Zweifel, daß es zu **Paulus** Zeiten ſchon pacta legitima gegeben habe, die eine Klage producirten, wie gegen *Ant.* FABER in Rational. in Pand. VINNIUS de pactis cap. IV. n. 2. et 3. erwieſen hat. In einer andern Bedeutung wird der Ausdruck legitima conventio vom **Ulpian** in der *L. 5. D. h. t.* genommen, daher dieſe Stelle mit der angef. L. 6. ſehr unſchicklich von den Compilatoren der Pandecten verbunden worden iſt. Uebrigens will NOODT de pactis cap. XIII. pag. 520. unter der LEGE in der *L. 6. D. h. t.* auch Edictum Praetoris verſtehen, und beruft ſich auf *L. 1. §. 2. D. Unde cognati.*

25) *L. 30. D. de Uſuris.*

26) *L. 12. Cod. eod.*

§. 312.

Wirkungen der bloßen Verträge nach römiſchen und teutſchen Rechten.

Wenn nun gleich pacta nuda nach dem römiſchen Rechte keine Klage wirkten, ſo begründeten ſie doch eine natürliche Verbindlichkeit, welche nicht ohne alle gerichtliche Wirkung war. Denn da ſchon die natürliche Billigkeit erfordert, daß man ſeine Verträge halte, ſo gab der Prätor eine Einrede, wenn man dem Vertrag zuwider von dem andern etwas forderte [27]) Es konnte auch die aus einem bloßen Vertrage entſtehende natürliche Verbindlichkeit durch ein Conſtitutum, oder durch Bürgen, oder Pfand beſtärkt werden [28]). Es hatte ferner wegen derſelben eine Novation, Compenſation und das Zurückhaltungsrecht ſtatt [29]); und was man vermöge eines ſolchen Vertrags einmahl bezahlt, oder gegeben hatte, konnte nicht als ein indebitum zurückgefordert werden [30])

Heutiges Tages iſt man nun zwar darüber ziemlich einverſtanden, daß in unſern Gerichten die rechtliche Wirkung der Verträge von jenem römiſchen Unterſchiede zwiſchen bloſſen Verträgen und Contracten nicht abhängig ſey [31]), und es

27) *L. 1. pr. L. 7. §. 7. L. 27. §. 6. L. 41. D. h. t.*

28) *L. 1 §. 7. D de conſtit. pecun. L. 6. §. 2. L. 7. D. de fideiuſſ. L. 5. D. de pignor. et hypoth. L. 4. C. de uſur.*

29) *L. 1. §. 1. D. de novat. L. 6. D. de compenſat.*

30) *L. 19. pr. D. de condict. indeb. L. 3. Cod. de Uſur. Ant.* SCHULTING in Prot. h. t. §. 3.

31) Man vergleiche vorzüglich *Enn. Rud.* BRENNEYSEN Diſſ. de inutilibus pactorum iuris Rom. diviſionibus in foris Germaniae. *Halae*

es ſind mir nur wenig Rechtsgelehrten bekannt, welche in der allgemeinen Reception des römiſchen Rechts einen Grund für deſſen Anwendbarkeit auch in dieſer Materie zu finden glaubten [32]), deren Meinung jedoch von andern [33]) ſchon hinlänglich widerlegt worden iſt. Nach teutſchen Rechten iſt daher jeder Vertrag verbindlich, welcher von Perſonen, die ſich in Anſehung ihrer Güter und Handlungen verbindlich machen können, über einen erlaubten Gegenſtand, worüber von Privatperſonen Verträge geſchloſſen werden dürfen, frey von Zwang und Liſt iſt eingegangen wor-

Halae rec. 1724. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diſſ. de vi pactorum nudorum hodierna eiusque vero fundamento. *Ienae* 1721. *Laur. Andr.* HAMBERGER Diſſ. de nonuſu ſtipulationum uſuque pactorum in foris Germaniae. *Ienae* 1714. *Gebh. Chriſt.* BASTINELLER D. de actione ex quocunque pacto moribus data. *Vitemb.* 1718. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. Meditat. 4. STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 1. ſqq. von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit III. Th. 1. Hptſt. 5. Kap. S. 349. f. Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 184. Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 83. folg. EMMINGHAUS in Not. ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. Not. m. pag. 226.

32) Z. B. *Henr.* BODINUS in vindiciis pactorum iuris Rom. ad demonſtrandum, nec hodie ex nudo pacto actionem competere. *Halae* 1696. *Frid. Ulr.* PESTEL in Diſſ. qua adſeritur aequitas doctrinae Romanorum de pactis nudis. *Rintelii* 1748. *Pet.* MÜLLER in Notis ad STRUVII Syntagm. iur. civ. Exerc. VI. §. 17. not. β. und *de* SELCHOW in Element. iuris german. privati hod. [§. 580.] §. 460.

33) Grieſinger von der Verbindlichkeit der Verträge 1. B. 5. Kap. §. 13. S. 62. ff. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. c. l. Weber a. a. O.

worden, und unter dieſer Vorausſetzung giebt es heut zu Tage kein Verſprechen mehr, welches im römiſchen Sinn ein pactum nudum wäre; ſo wie es denn auch beſonders in Abſicht auf die Nebenverträge gleichviel iſt, ob ſie gleich Anfangs mit dem Hauptgeſchäft verbunden, oder in der Folge erſt geſchloſſen worden ſind. Allein darüber ſtreitet man noch, aus welcher Quelle eigentlich die heutige Verbindlichkeit der bloßen Verträge herzuleiten ſey? Ob nun gleich Leyſers Meinung, welcher die heutige allgemeine Klagbarkeit der Verträge aus dem neuern römiſchen Rechte herzuleiten ſuchte[34]), in unſern Tagen wohl nicht leicht mehr einen Vertheidiger finden dürfte, nachdem ſchon andere[35]) ſehr einleuchtend gezeigt haben, daß Kr. Leo in der Conſtitution[36]), woraus Leyſer ſeine Meinung beweiſen wollte, nur die feyerlichen Formeln bey den Stipulationen, aber keinesweges den Unterſchied zwiſchen Stipulationen und pactis nudis ſelbſt, aufgehoben habe; ſo hat doch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten von jeher mehr Anhänger gefunden, welche in dem canoniſchen Rechte den Grund von der heutigen Gültigkeit der bloßen Verträge zu finden geglaubt haben[37]). Allein ſo gern ich auch denen beyſtimme, welche behaupten, daß nach dem canoniſchen Rechte ein bloßer Vertrag eine Klage begründe[38]), indem dieſes

34) Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. medit. 5.

35) Man vergleiche auſſer VOORDA und EMMINGHAUS, welche ſchon Not. 78. S. 257. angeführt worden, *Io. Lud.* SCHMID lib. ſing. de fideiuſſore plane non obligato Sect. I. §. 14. et 15. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 811. und MÜLLER in Obſervat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Faſc. 2. Obſ. 152.

36) *L. 10. Cod. de contrah. ſtipulat. §. 1. I. de Verbor. Obligat.*

37) Dieſer Meinung ſind CARPZOV P. II. Conſtit. XIX. Definit. 17. nr. 7. STRUV Deciſ. Sabbath. I. cap. 2. RITTERSHUSIUS Different. iur. civ. et canon. Lib. III. cap. I. *Matth.* STEIN Diſſonant. iuris civil. et canon. circa pacta Cap. I. §. 1. COCCEJUS Iur. civ. Controv. h. t. Qu. X. in fin. u. a. m.

38) S. STRYK Uſ. mod. Pandectar. h. t. §. 2. und beſonders *I. H.* BOEHMER Iur. Eccleſ. Proteſtant. Lib. I. Tit. XXXV. §. 6.

dieſes Recht überall auf die genaueſte Beobachtung der Verträge dringt, und doch nirgendswo der Stipulation gedenkt, wodurch man nach dem römiſchen Rechte einem bloßen Vertrage die Klagbarkeit zu verſchaffen ſuchte; ſo wenig kann ich mich doch davon überzeugen, daß die Verträge bey den Teutſchen erſt mit der Einführung des canoniſchen Rechts verbindliche Kraft erhalten haben ſollten. Bey den Teutſchen behauptete vielmehr von jeher jeder Vertrag ſeine eigenthümliche verbindende Kraft, und es kannten dieſelben vor der Aufnahme des römiſchen Rechts den Unterſchied zwiſchen Contracten und bloßen Verträgen noch gar nicht[40]. Nicht nur die Zeugniſſe der klaſſiſchen Schriftſteller[41]) ſprechen von ihrer Treue und Beharrlichkeit, welche ſie in ihren Verträgen und Zuſagen beobachteten, ſondern ihre Geſetzbücher ſelbſt überzeugen uns davon[42]). Daher das Motto des

39) *Cap.* I. *et* 3. X. *de Pactis.* Merkwürdig iſt es, daß nach dem Cap. I. cit. der Biſchoff Antigonus vor der afrikaniſchen Synode als Kläger auftrat, und verlangte, daß Optantius, mit dem er wegen ſeiner Diöceſanrechte paciſcirt hatte, angehalten werde, dem Vertrage nachzuleben. Merkwürdig iſt es ferner, daß die Synode dieſen Streit blos aus dem Geſichtspuncte, daß Verträge gehalten werden müßten, entſchied. Dixerunt univerſi: Pax ſervetur, pacta cuſtodiantur. Anderer Meinung ſind zwar *Ian. a* COSTA in Summar. et Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. I. Tit. XXXV. pag. 224. ſq. *Caſp.* ZIEGLER in Praelect. publ. in Decretales pag. 3. ſqq. GONZALEZ TELLEZ in Comm. ad cap. I. X. de pactis, und *Io. Car. van* WACHENDORF D. de pactis nudis Cap. III. (*Triad. Diſſertation* pag. 553. ſqq.) Allein die Gründe derſelben ſind ſchon von andern hinlänglich widerlegt worden. S. Grieſinger in der Abhandlung von der Verbindlichkeit der Verträge I. Buch 4. Kap. §. 10. S. 42. ff.

40) Grieſinger in der angef. Abhandlung I. Buch 5. Kap. §. 11. u. 12.

41) TACITUS *Annal.* lib. XIII. c. 54. und de mor. Germ. cap. 24. GEBAUER Prog. de alea et fide vet. Germanor. *Goett.* 1741.

42) S. LL. *Wiſigoth.* Lib. II. Tit. V. §. I. ſqq. *Baiuvar.* Tit. XV. c. 13. *Longob.* lib. III. Tit. 38. *Capit. Reg. Francor.* Lib. VI. §. 149. S. auch J. H. Böhmers Anmerkung von der alten teut-

des biedern Teutſchen: ein Wort ein Wort; ein Mann ein Mann [43]). Ob nun gleich die Teutſchen mit Einführung des römiſchen Rechts den Unterſchied zwiſchen Verträgen und Contracten kennen lernten, ſo fanden ſie dennoch das feine Gewebe der römiſchen Rechtstheorie mit der teutſchen Redlichkeit und Simplicität nicht vereinbarlich; man blieb alſo dem altteutſchen Grundſatze treu, daß jede Convention ſchon an ſich verbindlich ſey, und eine Klage wirke, unbekümmert, ob man ſie einen Contract oder Vertrag nennen wollte. Noch die Rechtsſammlungen des mittlern Zeitalters [44]) lehren uns: was einer gelobet, das ſoll er ſtet halten, und die ſpätern teutſchen Geſetzgeber beſtätigten die Klagbarkeit der bloßen Verträge namentlich in ihren Provinzialrechten [45]). Es iſt daher wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die heutige allgemeine Verbindlichkeit der bloſen Verträge eine Reliquie ächter teutſcher Sitten ſey, und daher aus der Quelle des canoniſchen Rechts nicht hergeleitet werden könne [46]), wenn gleich daſſelbe zur Erhaltung des teutſchen Gewohnheitsrechts allerdings mit beygetragen haben kann [47]). Ob nun alſo gleich in Teutſchland von der römiſchen Eintheilung der Verträge kein Gebrauch zu machen iſt, indem vielmehr ein jedes mit Ueberlegung geſchehenes Verſprechen die vollkommene Verbindlichkeit, es zu erfüllen, nach ſich ziehet, wenn

teutſchen Treue und Redlichkeit, in Schotts juriſt. Wochenblatte Th. 4. S. 348. ff.

43) Eiſenharts Grundſätze der teutſchen Rechte in Sprüchwörtern IV. Abth. Nr. V. S. 338. ff. der neueſten Ausgabe.

44) Sachſenſpiegel 1. B. 7. Art. Schwabenſpiegel Kap. 265. §. 1.

45) Mehrere ſtatutariſche Rechte führt Grieſinger in der mehr gedachten Abhandlung §. 18. an.

46) S. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. VIII. §. 5. WERNHER Sel. Obſervat. for. T. I. P. II. Obſ. 380. MEVIUS P. V. Deciſ. 407. MÜLLER ad LEYSERUM T. I. Faſc. II. Obſ. 152.

47) Grieſinger a. a. O. §. 12.

wenn gleich das römiſche Recht daraus keine Klage geſtatten ſollte, ſo iſt doch bey Beurtheilung der heutigen Anwendbarkeit des römiſchen Rechts in jedem Fall ſorgfältig zu prüfen, ob die gerichtliche Unwirkſamkeit eines Vertrags nach römiſchen Rechten bloß Folge der römiſchen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen iſt, oder ob ſie außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche auch bey uns nicht wegfallen; indem, wenn das letztere iſt, ſolchen Verordnungen des allgemein recipirten römiſchen Rechts die heutige Anwendung nicht verſagt werden kann. Wenn daher z. B. die Verabredung, daß ſich der Ehemann des beneficii competentiae gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen das Heyrathsgut zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle, nach römiſchen Geſetzen [48]), ohne rechtliche Wirkung iſt; ſo iſt der Grund, weil dieſe Entſagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des perſönlichen Verhältniſſes der Partheyen nicht aufhebt, vielmehr die Schonung in der ſtrengen Rechtsverfolgung offenbar verletzt, worauf der Ehemann überhaupt wegen der ihm gebührenden Achtung mit Recht Anſpruch machen kann, ſo allgemein und fortdauernd, daß an der heutigen Anwendung gedachter Verordnung ſich eben ſo wenig zweifeln läßt, als wenn die römiſchen Geſetze das gegenſeitige Verſprechen, beſtändig in der Societät oder Gemeinſchaft zu bleiben, für unverbindlich darum erklären, weil es billig iſt, Zwiſtigkeiten, ſoviel möglich, zu verhüten, wozu die Gemeinſchaft unaufhörlichen Anlaß giebt [49]). Dahingegen wohl niemand mit Grunde läugnen wird, daß heutiges Tages die verſprochenen Zinſen beym Darlehn vermittelſt einer Klage gefordert werden können [50]).

48) *L. 14. §. 1. D. Sol. matr.*

49) *L. 70. D. pro ſocio. L. 5. Cod. commun. divid.*

50) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 83—85.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, /
Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: Vierten Theils erste Abtheilung

Erlangen 1796

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(4#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439023-7
VD18 10657126-002